10

CHIRURGISCHE OPERATION

UND

ÄRZTLICHE BEHANDLUNG.

EINE STRAFRECHTLICHE STUDIE

VON

Dr. CARL STOOSS,

o. ö. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT WIEN.

BERLIN 1898.

VERLAG VON OTTO LIEBMANN,

BUCHHANDLUNG FÜR RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTEN.

W. LÜTZOWSTRASSE 27.

Buchdruckerei Stämpfli & Cie. in Bern.

Meinem lieben Kollegen

Heinrich Lammasch

in herzlicher Freundschaft zugeeignet.

Vorrede.

Die gehaltvolle und lehrreiche akademische Antrittsrede, die *L. Oppenheim* im Jahre 1892 über „Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden“ veröffentlichte, erregte mein Interesse an dem Gegenstande. Gegen *Oppenheim* vertrat ich schon damals in der „Zeitschrift für Schweizer Strafrecht“ die Ansicht, die ärztliche Behandlung sei keine Körperverletzung. Doch irrte ich mich in der *Begründung* dieser Ansicht, und ich legte dem *Erfolg* der Behandlung eine Bedeutung bei, die er nicht hat.

Seither hielt mich das Problem fest. Im März dieses Jahres legte ich der Juristischen Gesellschaft in Wien meine berichtigte Ansicht vor. Die Aufnahme, die der Vortrag fand, veranlasste mich, ihn weiter auszuarbeiten. So ist diese Studie entstanden, die den Nachweis erbringen soll, dass die ärztliche Behandlung *ihrer Natur nach* keine Körperverletzung ist.

Da die strafrechtliche Bedeutung ärztlicher Handlungen in Frage steht, so dürften diese Erörterungen auch den Arzt interessieren. Daher suchte ich die Darstellung so zu gestalten, dass sie nicht nur für Juristen lesbar sei.

Meinem Bruder, Dr. *Max Stooss*, Professor der Kinderheilkunde an der Universität Bern, verdanke ich die Angaben über Nebenwirkungen von Arzneimitteln, sowie manche Aufklärung und Berichtigung.

Wien, im Juli 1898.

Der Verfasser.

Inhalt.

I.

Die Ausnahmen von der Strafpflicht und die chirurgische Operation.

Unter den Gütern, die der Staat strafend schützt, nimmt die *Gesundheit des Menschen* eine hervorragende Stelle ein. Ausnahmsweise begründen jedoch Handlungen, durch die jemand den Körper und die Gesundheit eines Menschen absichtlich und vorsätzlich schädigt, keine Strafpflicht des Staates, nämlich dann, wenn der Staat die körperliche Verletzung einer Person selbst gebietet oder sie erlaubt oder duldet. Der Staat gebietet, erlaubt oder duldet es, dass ein Mensch an seiner Gesundheit geschädigt und an seinem Körper verletzt werde, wenn diese Verletzung im Dienste des Güterschutzes steht. Der Soldat soll im Kriege den Gegner vernichten und verletzen, weil das Wohl des Landes es gebietet; der rechtswidrig Angegriffene darf den Angreifer in Notwehr verletzen, wenn seine Verteidigung es erfordert, der Staat duldet es, dass ein Mensch den andern im Notstand verletzt, wenn er dadurch allein sein Leben retten kann. In diesen Fällen erleidet die im Gesetz festgestellte staatliche Strafpflicht wichtige Ausnahmen. Der Thatbestand der Körperverletzung und Körperbeschädigung bezieht sich daher nicht auf Verletzungen und Schädigungen der menschlichen Gesundheit, die der Staat ausdrücklich gebietet, erlaubt oder zulässt. Der Staat würde sich mit seinen eigenen Erklärungen in Widerspruch setzen, wenn er das, was er gebietet, erlaubt oder zulässt, seiner Strafpflicht unterwerfen wollte. Demgemäss beziehen sich die gesetzlichen Thatbestände, also auch der Thatbestand der Körperverletzung und der Körperbeschädigung, nicht auf Schädigungen und Verletzungen, die der Staat, wenn auch nicht im Strafgesetzbuch, geboten, erlaubt oder zugelassen hat.

Eine Ausnahme von der staatlichen Strafpflicht und eine Einschränkung des gesetzlichen Thatbestandes besteht jedoch

nur soweit, als das Gebot, die Erlaubnis oder die Duldung des Staates reicht, und nicht weiter. Im Kriege sollen nur Personen verletzt werden, die der feindlichen Kriegsmacht angehören, und nur, solange der Kriegszustand dauert, und nur mit den Mitteln, die der Kriegsgebrauch anerkennt. Nur zur Verteidigung darf der Angegriffene sich wehren; geht er selbst zum Angriff über, so ist seine Handlung nicht Notwehr, also auch nicht erlaubt. Nur insoweit eine Verletzung Notstandshandlung ist, nimmt sie der Staat straflos hin. Hört der Notstand auf, so fällt der Grund weg, der die Verletzung des Gefährdeten straflos macht.

In allen diesen Fällen unterscheidet sich die verletzende Handlung, die nicht strafbar ist, in ihrer Gestalt und in ihrer Wirkung nicht von strafpflichtigen Verletzungen. Die Kugel, die den Feind im Kriege trifft, schädigt seine Gesundheit gleich wie die Kugel des Banditen und des Räubers. Äusserlich weisen also die strafpflichtigen und die nicht strafpflichtigen Handlungen keinen Unterschied auf; die verschiedene strafrechtliche Behandlung der beiden Verletzungen beruht nur auf der Verschiedenheit der Zweckbestimmung der Handlung. Wer als Soldat im Krieg oder in Notwehr oder im Notstand einen Menschen verletzt, der verteidigt sein Land oder sein Leben durch die verletzende Handlung, oder diese Handlung ist die einzige Rettung aus unmittelbarer Gefahr. Überall wird die Verletzung eines Gutes der Strafpflicht des Staates entzogen, weil diese Verletzung einem **andern** Gut zum Heil gereicht.

Die Doktrin zählt zu den Fällen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit, die in Wahrheit **Ausnahmen von der staatlichen Strafpflicht** sind[1]), auch *ärztliche* Handlungen, so namentlich *chirurgische Operationen.* Dabei wird vorausgesetzt, der Chirurg verübe eine Körperverletzung und er schädige die Gesundheit des Patienten. Es wird sich zeigen, dass diese Voraussetzung unrichtig ist. Setzen wir aber voraus, der Chirurg begehe durch seinen Eingriff wirklich eine Körperverletzung und er schädige die Gesundheit des Patienten, so ergeben sich daraus sehr merkwürdige Folgerungen. In der Regel wird ein operativer Eingriff *zum Heil* und *zum Wohl* **eben der Person** ausgeführt, die ihn erleidet. Damit unterscheidet sich die

---

[1]) *Stooss,* Rechtswidrigkeit und Verbrechen. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 10. Jahrgang, 1897, S. 351 ff.

chirurgische Operation von den Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit. In Notwehr, im Notstand, in Ausübung der Strafpflicht und anderer staatlicher Pflicht, in Ausübung der Selbsthülfe wird überall in ein Gut, z. B. in die Gesundheit und die körperliche Integrität eines Menschen eingegriffen, *um die Güter* **anderer** *zu schützen.*

Der Chirurg „verletzt“ den Körper und die Gesundheit *derjenigen* Person, deren Körper und Gesundheit geschützt werden soll. Und zwar soll die Gesundheit des Patienten gerade *durch die „Verletzung“* geschützt werden. Es liegt also eine *Identität* sowohl in der *Person* des *Verletzten* und des *Geschützten* vor, als eine Identität in dem *Gut,* das *verletzt* und *geschützt* wird.

Ob eine Körperverletzung ausnahmsweise keine Strafpflicht begründet, hängt in den Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit davon ab, ob die Verletzung zum Schutze eines *anderen* Gutes geboten, erlaubt oder zulässig war. Die Rechtmässigkeit der Verletzung des *Angreifers* bestimmt sich nach der Schutzbedürftigkeit des *angegriffenen Gutes,* die Körperverletzung ist straflose *Notstandshandlung,* wenn das *gefährdete Gut durch sie allein* geschützt werden konnte. Die Statthaftigkeit und die Grenzen *operativer* „Körperverletzungen“ werden dagegen durch die Schutzbedürftigkeit *eben* des Gutes bestimmt, das der Chirurg „verletzt“. Während in den Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit die Schädigung des *einen* Gutes das Mittel ist, um *andere* Güter zu schützen, und die Schädigung daher durch den Zweck *dieses* Güterschutzes bestimmt wird, ist die operative „Körperverletzung“ das Mittel, um den Körper und die Gesundheit *der Person, die verletzt wird,* zu schützen.

II.

Die chirurgische Operation als Behandlung.

Die chirurgische Operation ist eine Form des Gesundheitsschutzes, also der *ärztlichen Behandlung.* Der operative Eingriff ist operative **Behandlung** des *Patienten.* Unter *Behandlung* denken wir uns eine für die Gesundheit des Behandelten

wohlthätige Einwirkung auf seinen Körper. Diese Auffassung schliesst die Vorstellung nicht aus, dass die Behandlung für den Patienten schmerzvoll ist. Dagegen schliesst der Begriff der Behandlung Massnahmen aus, welche die Gesundheit des Behandelten *schädigen* oder doch *überwiegend* schädigen. Das altdeutsche Wort für ärztliche Behandlung, das uns leider verloren gegangen ist, die *Arzung* oder *Arznung*, bedeutet *Ausbesserung*, Reparatur [1]).

Als *Ziel* der Behandlung denken wir uns gewöhnlich die *Heilung einer Krankheit*. Zu der Heilbehandlung im weiteren Sinne gehört auch die *Geburtshülfe*, ferner die *kosmetische Behandlung*, die Beseitigung von Missbildungen am menschlichen Körper, namentlich von solchen, welche die äussere Erscheinung des Patienten verunstalten.

Die Behandlung ist jedoch nicht auf die *Heil*behandlung beschränkt. Neben der Heilbehandlung ist die *vorbeugende* (prophylaktische) Behandlung besonders in neuester Zeit wichtig geworden, die darauf gerichtet ist, den Behandelten für ansteckende Krankheiten unempfänglich zu machen. Diese *Immunisierung* wird namentlich durch Einimpfung von Substanzen herbeigeführt, welche den Behandelten gegen die Krankheit schützen. Das wichtigste Beispiel dieser Behandlungsmethode ist die Schutzpockenimpfung.

Eine zweckmässige Behandlung setzt vor allem die *Erkenntnis* des Übels [2]) voraus. Vermag der Arzt eine sichere Diagnose nur zu stellen, wenn ihm ein Einblick in das Innere des Körpers des Patienten eröffnet wird, so muss es ihm in wichtigen Fällen gestattet sein, einen Eingriff auch nur zu *diagnostischem* Zwecke vorzunehmen. Hier ist die operative

---

[1]) So findet sich im Stiftsarchiv von St. Gallen eine Rechnung: „Für arznung der karren.“ Schweizerisches Idiotikon von *Friedrich Staub* und *Ludwig Tobler*. Erster Band. Frauenfeld 1881. S. 497.

[2]) *Nussbaum,* Eine kleine Hausapotheke, 3. Auflage, ohne Jahreszahl, Berlin, S. 111. Die besten Ärzte sind jene, welche gewissenhaft und genau vom Kopf bis zum Fuss untersuchen. Die richtigen Heilmittel wissen fast alle Ärzte, wenn sie die Krankheit recht erkennen, aber im Erkennen *unterscheiden sich die Ärzte* unendlich voneinander. Der durchdringende Verstand, die scharfe Beobachtungsgabe, die Feinheit der Sinne und namentlich der Fleiss und die Gewissenhaftigkeit im Untersuchen zeichnet die guten Ärzte aus. Nur bei den Chirurgen und Geburtshelfern fällt die persönliche Geschicklichkeit und der Mut, die Unzugänglichkeit für Verlegenheiten, noch in die Wagschale.

„Körperverletzung" nicht Mittel zur Behandlung, sondern ein Mittel, die Krankheit zu erkennen und die Behandlung demgemäss zu bestimmen. Glücklicherweise scheint Aussicht vorhanden zu sein, dass die Erleuchtung des Körpers durch Röntgensche Strahlen in manchen Fällen operative Eingriffe zu diagnostischen Zwecken entbehrlich machen wird. In einem weiteren Sinn gehört daher auch der operative Eingriff, der zu diagnostischem Zwecke vorgenommen wird, zur Behandlung, und es finden die Grundsätze, die für die Behandlung gelten, auch auf diesen „diagnostischen Eingriff" Anwendung.

Ist die Krankheit *unheilbar*, so ist es Aufgabe des Arztes, die Leiden des Patienten zu lindern, ihn mit Hoffnung zu beleben [1]) und ihm sein Los erträglicher zu machen; er wird versuchen, die zerstörende Kraft der Krankheit abzuschwächen und aufzuhalten, und die Unzulänglichkeit seiner Hülfe durch liebreichen Trost und rücksichtsvolle Teilnahme gleichsam zu entschuldigen. Auch das ist Behandlung.

Eine Handlung ist nicht *Behandlung*, wenn sie nicht im Interesse der Gesundheit und des körperlichen oder seelischen Wohls der Person vorgenommen wird, an der die Handlung vorgenommen wird. *Keine Behandlung* ist also z. B. die Kastration der gesunden Frau, die steril zu werden wünscht.

Keine Behandlung leitete der österreichische Arzt ein, der Frauen aus Eigennutz vorspiegelte, sie leiden an Unterleibskrankheiten, die nur durch Operation gehoben werden können. Indem der Arzt an Frauen operative Eingriffe vornahm, die, wie er wusste, durch ihren Zustand keineswegs geboten waren, beging er vorsätzliche Körperbeschädigungen, selbst wenn er die Absicht hatte, die Operationswunden zu heilen.

---

[1]) Ich weiss, dass es Ärzte giebt, die sich nicht scheuen, einem Kranken, den sie für verloren ansehen, ins Gesicht zu sagen: « Sie sind ein Todeskandidat ». Wie ganz anders dachte *Nussbaum:* « Solange man atmet, soll man die Hoffnung nie ganz aufgeben, denn alles kann verschwinden, wie es kam, und alles kann wieder kommen, wie es verschwand. Unheilbar ist nur das Alter, welches täglich um einen Tag schlimmer wird. Ich kenne Beispiele, dass Kranke, von voreiligen Ärzten aufgegeben, unter günstigen Aussenverhältnissen, in guter Luft, bei körperlicher und geistiger Ruhe, vollständig wieder genasen und noch viele Jahre lebten. *Schwerkranken mag es ein Trost* sein, dass es fast keinen Zustand giebt, wo die wunderbar angelegte Natur nicht irgend einen Ausweg finden könnte, wodurch das bedrohte Leben noch lange erhalten werden kann. » *von Nussbaum*, a. a. O., S. 112.

III.

Behandeln und Körperverletzen.

Der Chirurg, der einen Patienten operativ behandelt, schädigt den Körper und die Gesundheit des Patienten nicht und will sie nicht schädigen; sein ganzes Bemühen ist vielmehr darauf gerichtet, dem Behandelten wohlzuthun und ihn *nicht* zu schädigen. Der Arzt, der eine operative Behandlung einleitet, übt keine körperverletzende, gesundheitsschädigende Thätigkeit aus; er *behandelt* den Patienten und *misshandelt* ihn *nicht.*

Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der herrschenden Ansicht, die zwar von einigen wenigen [1]) bestritten wird, aber bisher niemals ausführlich widerlegt worden ist.

Die herrschende Ansicht nimmt an, der Chirurg verletze durch die Operation die Gesundheit oder wenigstens die körperliche Integrität des Patienten. Die Körperbeschädigung, die er dem Patienten zufüge, sei nur vermöge eines besonderen von dem Rechte anerkannten Grundes, und nur soweit dieser Grund zutreffe, rechtmässig. Damit würde der Chirurg strafrechtlich demjenigen gleichgestellt, der in Notwehr, im Notstand oder in Selbsthülfe einen Menschen verletzt, um durch diese Verletzung ein *anderes* Gut zu schützen.

Die gemeine Meinung, chirurgische Operationen seien *Körperverletzungen*, hat neuestens *Oppenheim* [2]) mit dem Feuer wissenschaftlicher Überzeugung verteidigt. Er führte aus: „Man denke an die Amputation eines Beines, an eine Ovariotomie, an eine Schädeltrepanation. Die Abnahme eines Beines — also eine dauernde Verstümmelung — sollte keine Körperverletzung sein,

---

[1]) Dr. *Anton Hess*, Die Ehre und die Beleidigung des § 185, St. G. B. Ein psychologisch-juristischer Versuch. Hamburg 1891. S. 54, Anm. 4. Dr. med. *J. Thiersch*, Sind chirurgische Operationen und operative Eingriffe körperliche Misshandlungen im strafrechtlichen Sinne? Sonderabdruck aus dem ärztlichen Vereinsblatt 1894, Nr. 285. *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1897. S. 259, oben bei 3, und nun *Kitzinger*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Der Gerichtssaal, Band LV, 1898, S. 87 und 88.

[2]) *Oppenheim*, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe. Zeitschrift für Schweizer Strafrecht. Sechster Jahrgang 1893. S. 339.

weil sie im Hinblick auf die sonst wahrscheinlich fortschreitende Knochentuberkulose geschieht? Die Ovariotomie, die lebensgefährliche Herausnahme des Eierstockes, welche die betreffende Frau der Fähigkeit, Mutter zu werden, beraubt, sollte keine Körperverletzung sein, weil etwa die hochgradige Hysterie einer Frau die Operation rätlich erscheinen lässt? Das Heraussägen eines Stückes aus dem Schädel und das Herumarbeiten, ja Schneiden am blossgelegten Gehirn sollte keine Körperverletzung sein, weil dadurch der Operierte von einem Übel befreit zu werden hofft?"

„Ich meine, fügt Oppenheim bei, wer Augen hat, zu sehen, und Ohren, zu hören, und eine Vernunft, zu denken, wird sagen: Das sind alles höchst gefährliche Körperverletzungen, Gesundheitsschädigungen, wenn sie auch mit Fug und Recht vorgenommen werden, weil es gilt, durch sie, als das Mittel und kleinere Übel, grössere Gesundheitsschäden und grössere Übel zu heilen oder gar vom Tode zu retten. Der durch Amputation zweier Beine dauernd verstümmelte Mann und das durch Herausnahme des Eierstockes unfruchtbar gemachte Weib — sind sie nicht Personen, in deren körperliche Unversehrtheit eingegriffen worden ist?"

Drastischer kann die Anschauung, die chirurgische Operation sei eine Körperverletzung und Gesundheitsschädigung, nicht dargelegt werden; gleichwohl ist die Anschauung unhaltbar.

Die Amputation eines oder auch beider Beine ist keine Verstümmelung, wenn die Beine von Brand [1]) in dem Grade ergriffen sind, dass sie dem Patienten nicht erhalten werden können, wenn vielmehr vorauszusehen ist, dass der Mensch verloren ist, wenn die Beine nicht amputiert werden. Der Arzt, der diese Amputation kunstgerecht vollzieht, schädigt gewiss nicht die Gesundheit des Patienten, er rettet ihm vielmehr das Leben. Wer wird von dem Operateur in einem solchen Falle sagen, er habe den Patienten „mit Fug und Recht verstümmelt"?

Nicht anders verhält es sich mit der Ovariotomie. Wer weiss, dass die Ovariotomie zu den schwersten und gefährlichsten Operationen gehört, wird darüber beruhigt sein, dass

[1]) Bei Knochentuberkulose, die *Oppenheim* anführt, kommen Amputationen seltener vor.

sie leichthin vorgenommen werden könnte. Sie wird nur ausgeführt, wenn die Patientin bereit ist, ihr Leben daran zu setzen, um von einer unerträglichen Qual befreit zu werden, die sie jeder Lebensfreude und jeden Lebensgenusses beraubt. Der Operateur, der die Frau von dieser Qual befreit, schädigt nicht ihre Gesundheit; er giebt ihr das Leben wieder. Das Heraussägen eines Schädelstückes scheint allerdings eine Körperverletzung zu sein; war aber das herausgesägte Stück durch eine Kugel zersplittert oder von Eiter zerfressen, und die Entfernung dieses Stückes durch den Zustand des Kranken geboten, so kann auch diese operative Behandlung keine Gesundheitsschädigung sein. In einzelnen Fällen sieht sich der Chirurg freilich genötigt, einen gesunden Knochen zu trepanieren, um sich für den operativen Eingriff einen Weg zu schaffen oder dafür Raum zu gewinnen [1]), oder um den Gehirndruck herabzusetzen [2]). Die Trepanation, d. h. die Eröffnung des unverletzten Schädeldaches, wird endlich auch bloss zu diagnostischem Zwecke ausgeführt, um einen Krankheitsherd im Gehirn aufzusuchen. In diesem Falle wird ein gesundes Knochenstück von dem Arzte geopfert, weil dies das einzige Mittel ist, um die Krankheit sicher zu erkennen und auf Grund genauer Diagnose eine gewissenhafte Behandlung einzuleiten. Der Verlust eines gesunden Knochenstücks schädigt den Patienten, indem die Stelle, an welcher der Knochen fehlt, weniger widerstandsfähig wird. Der Defekt begründet, wie der Chirurg sich ausdrückt, einen locus minoris resistentiæ. Will man subtil sein, so kann man behaupten, der Arzt beschädige einen Knochen des Patienten, um ein wichtiges Organ zu behandeln und zu heilen. Ist die Trepanation das einzige mögliche Mittel zu diesem Zwecke, so liegt anscheinend ein Fall des Notstandes vor. Dabei würde aber übersehen, dass der Organismus des Menschen und seine Gesundheit ein einheitliches Gut bildet, und dass die einzelnen Teile des Organismus nicht als besondere Güter angesehen werden können. Mit dem Knochenstück wird also nicht ein Gut zur Rettung eines andern Gutes (des Gehirns) aufgeopfert, sondern es findet eine Einwirkung auf den Körper

---

[1]) So zur Exstirpation einer im Innern gelegenen Geschwulst oder zur Entleerung eines intracraniellen Abscesses.

[2]) Bei intracraniellen Blutungen.

und die Gesundheit des Patienten statt, die als *Behandlung einheitlich* zu beurteilen ist.

Anton Hess ist der erste Jurist, welcher der chirurgischen Operation die Natur einer Körperverletzung absprach. Deshalb verdient seine Äusserung wörtlich angeführt zu werden.

„Der Fall einer chirurgischen Operation, bemerkte Hess, ist bei der Betrachtung des Satzes volenti non fit injuria vollkommen auszuscheiden. Denn der Arzt verletzt nicht den Körper des Kranken, macht sich keiner Körperverletzung nach irgend einer Richtung schuldig, denn verletzen ist *βλάπτειν*, d. h. schädigen. Nicht jede *Veränderung* ist Schädigung, nicht die Veränderung im guten Sinn, sondern nur die Veränderung im schlechten Sinn. Bessern, operieren, heilen ist daher nicht Schädigung, nicht Verletzung. Wer das beschädigte Dach meines Hauses wider meinen Willen repariert, beschädigt mein Dach nicht. Und ebenso schädigt, verletzt der Arzt meinen Körper nicht, wenn er ihn gesund macht. Die Operation verdient daher nicht einmal den Namen Körperverletzung. Höchstens könnte man sagen, dass der Arzt eine bestimmte Stelle des Körpers, nicht aber, dass er den Körper als lebendes Ganzes betrachtet, als Organismus verletzt. Wir können es daher nicht billigen, wenn man die Straflosigkeit der Ärzte durch ein Berufsrecht derselben erklärt hat. Nicht der Beruf ist es, der den Arzt straflos macht, sondern sein Wille, mich nicht zu schädigen. Heilen darf mich ein jeder, auch dessen Beruf nicht im Heilen besteht. Ja, auch wer mich wider meinen Willen heilt, macht sich keiner Körperverletzung schuldig. Ob er sich hierdurch eines andern Delikts, z. B. einer Freiheitsberaubung, schuldig macht, ist eine andere Frage."

Obwohl *Hess* richtig erkannt hat, dass die Operation dann und deshalb keine Körperverletzung ist, wenn und weil sie den Patienten *nicht schädigt*, so hat er doch die Natur der chirurgischen Operation als einen durch den Zustand des Patienten gebotenen Eingriff, also ihren Charakter als *Behandlung* nicht erfasst. Er verkannte deshalb, dass die operative *Behandlung* ihrem Wesen nach keine Körperverletzung ist, und nahm an, der *Wille* des Arztes, den Patienten *nicht zu schädigen*, mache ihn straflos.

Der Operateur begeht durch seinen Eingriff zunächst deshalb keine Körperverletzung, weil die *Behandlung* keine

körperverletzende Thätigkeit ist. Da eine Behandlung jedoch nicht denkbar ist ohne den Willen, zu behandeln, und da der Wille, zu behandeln, darauf gerichtet ist, dem Patienten wohlzuthun und ihn nicht zu schädigen, schliesst der Wille, zu behandeln, den Vorsatz der Körperverletzung notwendig aus, vorausgesetzt, dass der Wille, zu behandeln, nicht durch Handlungen bethätigt wird, die eine Behandlung den Umständen nach ausschliessen. Der Doktor Eisenbarth, der die Leute nach *seiner* Art kurierte, *behandelte nicht.* Aus seinen „Curen" ergiebt sich, dass er nicht behandeln *wollte.*

Meine Behauptung, der Vorsatz, zu heilen (richtiger der Vorsatz, zu behandeln), schliesse den Vorsatz der Körperverletzung aus, ist auf Widerspruch gestossen, weil die Kritiker von der Voraussetzung ausgehen, die chirurgische Operation sei eine Körperverletzung. *Hugo Meyer*[1]) bemerkt gegen mich, die ärztlichen Eingriffe erscheinen keineswegs schon „aus Gründen des straflosen Vorsatzes gerechtfertigt", und er fügt in der Anmerkung bei: „So *Stooss,* der annimmt, dass der Vorsatz, zu heilen, von selbst den Vorsatz der Körperverletzung ausschliesst."

Allein ich habe nicht behauptet, der Vorsatz, zu heilen, *rechtfertige*[2]) *Körperverletzungen* des Arztes, sondern ich behaupte, der Wille des Arztes, einen Patienten zu behandeln (zu heilen), schliesse den Vorsatz, dessen Körper zu verletzen, aus, weil die Behandlung des Arztes keine körperverletzende Thätigkeit ist. Wer einen Patienten behandelt, will eine Thätigkeit, welche das Gegenteil von Körperverletzen ist. *Hugo Meyer* kann ich nur für den seltenen Fall beistimmen, dass eine chirurgische Operation

---

[1]) *Hugo Meyer,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Auflage. Leipzig 1895. S. 271, Anm. 38.

[2]) Das Wort *rechtfertigen* kommt in einer doppelten Bedeutung vor, die in der Litteratur arge Verwechslungen veranlasst hat. Eine im allgemeinen strafpflichtige Körperverletzung ist gerechtfertigt, d. h. rechtmässig, wenn sie das Gesetz ausnahmsweise, z. B. in Notwehr, erlaubt. In einem andern Sinn ist ein operativer Eingriff gerechtfertigt, wenn er den Umständen nach sachlich geboten, indiziert ist. Wenn ich früher, allerdings irrtümlich, annahm, der Erfolg rechtfertige einen operativen Eingriff, so wollte ich damit nicht behaupten, ein Eingriff, der gelinge, sei eine rechtmässige Körperverletzung, sondern ich meinte, aus dem Gelingen der Operation ergebe sich, dass der Eingriff sachlich geboten gewesen sei und demnach *nicht körperverletzend* war.

zwar mit dem Willen, zu behandeln, vorgenommen wird, ihrer Natur nach aber eine Körperverletzung oder Misshandlung und keine Behandlung ist, also etwa wenn ein roher Arzt einem Kinde eine üble nächtliche Gewohnheit durch Prügel abgewöhnen will oder wenn ein Nervenarzt Kranke zur Kur peitschen lässt. Solche Misshandlungen sind nicht Behandlung, wenn sie auch zum Zwecke der Behandlung vorgenommen werden. Der Arzt misshandelt den Patienten wissentlich und absichtlich. Auf der Grenze steht die Kur, die ein preussischer Arzt zu Anfang der Fünfzigerjahre unternahm. Um einen veralteten queren Kniescheibenbruch zu heilen, feuerte der Operateur einen Pistolenschuss auf das Knie des Patienten ab und die Heilung gelang. Der Patient konnte sogar wieder tanzen [1]).

von Liszt [2]) greift meine Auffassung ebenfalls an. „Nach *Stooss* wird der Verletzungsvorsatz durch den Vorsatz, zu heilen, ausgeschlossen, aber diese Behauptung beruht auf einer Verwechslung von Endzweck und Vorsatz.“ Auch *von Liszt* ist in der Anschauung befangen, der Operateur *verletze* den Körper des Patienten, er verübe eine Körperverletzung; wäre seine Voraussetzung richtig, so würde seine Kritik zutreffen. *von Liszt* verkennt den wesentlichen Unterschied, der zwischen Körperverletzen und Behandeln besteht.

Die *Mediziner* haben die Natur der operativen Behandlung richtiger erkannt, als die Juristen.

In seiner Geschichte der Medizin charakterisiert *Häser* die operative Behandlung schön und treffend: „Die Chirurgie unserer Tage wird von dem Grundsatze der *Konservation* beherrscht. Durch eine weite Kluft getrennt von jener Zeit, in welcher sie den Namen Schneidekunst erwarb, betrachtet sie als ihre schönste Aufgabe nicht die Entfernung, sondern die Erhaltung der kranken Teile und die Wiederherstellung ihrer Funktionen.“

Einer der ersten Chirurgen der Gegenwart, *Theodor Kocher* in Bern, leitet seine chirurgische Operationslehre mit den Worten ein:

„Seit wir, dank der antiseptischen Wundbehandlung, jede auch noch so grosse Wunde, die wir als Chirurgen machen,

---

[1]) Dr. *Ignaz Mair,* Gerichtlich-medizinische Kasuistik der Kunstfehler. 1894. S. 1 ff.

[2]) *von Liszt,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Auflage. Berlin 1897. S. 151, Anm. 5.

in kürzester Zeit durch Verklebung zur Heilung zu bringen vermögen, hat die Operationstechnik einen ausserordentlichen Aufschwung genommen. Wir dürfen, sobald wir unserer Antisepsis sicher sind, überall am Körper einschneiden, nicht nur in therapeutischer, sondern auch in diagnostischer Absicht. Aber allerdings ist es um so mehr Pflicht, bei der ausserordentlichen Erweiterung der Indikationen zu operativer Behandlung die Technik aufs höchste zu vervollkommnen, um dem ersten Grundsatz der Therapie, *nil nocere*, treu zu bleiben."

Eine Thätigkeit, die nach dem obersten Grundsatz, *nil nocere*, ausgeübt wird, kann unmöglich in der Zufügung von Körperverletzungen und Gesundheitsschädigungen bestehen.

IV.

Die schädlichen Nebenwirkungen der Behandlung. Operative und interne Behandlung.

Wenn es der Chirurgie gelingen würde, ihren Grundsatz *nil nocere* vollkommen und ohne jede Einschränkung durchzuführen, so würde die Richtigkeit der Annahme, die operative Behandlung sei nicht Körperverletzung, noch augenfälliger sein. Allein ganz abgesehen von Schäden, die dem Patienten durch fehlerhafte und nicht gewissenhafte Behandlung zugefügt werden können, sind fast mit jeder operativen Behandlung gewisse gesundheitliche Nachteile und Gefahren verbunden. Der ungeheure Fortschritt der modernen Chirurgie besteht wesentlich darin, dass sie diese Nachteile und Gefahren entweder ganz ausgeschlossen oder sie doch möglichst verringert und eingeschränkt hat. Der operative Einschnitt ist wirklich eine Verletzung und oft eine sehr tiefe Verletzung des menschlichen Körpers; der Patient blutet, er empfindet Schmerzen, die Wunde ist der Verunreinigung ausgesetzt. Der operative Eingriff kann auch auf das Nervensystem des Patienten ungünstig einwirken (choc). Das alles sind wirkliche oder mögliche Schädigungen der menschlichen Gesundheit. Während jedoch der Patient in früherer Zeit während der Operation nnendliche Qualen ausstand, versenkt ihn der Operateur heute in tiefen Schlaf, und er hebt die Empfindung des Schmerzes auf.

Die leblose Ruhe des Körpers des Patienten macht es dem Arzte möglich, mit aller Ruhe und ohne jede Störung durch den Patienten zu operieren. Die Technik lehrt den Chirurgen, wie er sein Ziel, den Patienten zu heilen oder seinen Zustand zu bessern oder zu erleichtern, durch Verletzungen herbeiführen kann, die im Vergleich zu denen früherer Zeiten minim sind; er versteht es, das hervorquellende Blut geschickt zu stillen, und er bewahrt die Wunde vor allen den Verunreinigungen, die in früherer Zeit zahllose Opfer forderten.

Die operative Behandlung ist also doch eine Körperverletzung und eine Gesundheitsschädigung, wird man einwenden. Ja und nein. *Ja*, die Operation bringt regelmässig gewisse gesundheitliche Nachteile für den Patienten mit sich, *nein*, denn gerade *diejenige* Thätigkeit des Chirurgen, welche die Gegner als *Körperverletzung* betrachten, ist *nicht* körperverletzend. So ist die Ablösung eines brandigen Fusses vom Körper keine Gesundheitsschädigung; nur insoweit *verletzt* der Chirurg den Patienten, als die Loslösung der kranken Teile nicht ohne Eingriff in den übrigen Organismus geschehen kann. Würde es der Chirurgie je gelingen, einzig die abgestorbenen oder verlorenen Teile abzulösen und den Blutverlust auszuschliessen, so wäre das Ideal operativer Behandlung erreicht. Dann würde keine Spur einer Körperverletzung und Gesundheitsschädigung mehr übrig bleiben. Die Vertreter der herrschenden Ansicht sehen aber gerade in dieser Ablösung, die sie „*Verstümmelung*“ nennen, die Körperverletzung.

Dieses Ideal operativer Behandlung ist übrigens in manchen Fällen nahezu verwirklicht. Ein Ophthalmologe sprach mir mit Entrüstung von einem Examenkandidaten, der niemals eine Staaroperation gesehen hatte. Das Bild der Staaroperation sei ein *ästhetischer Genuss* für jeden Mediziner, weil es dem Operateur gelinge, dem Patienten mit einem minimalen Einschnitt, der kaum ein Tröpfchen Blut fliessen lasse, das Augenlicht wieder zu geben. Die schöne Begeisterung des Augenarztes beruht im Grunde auf dem Bewusstsein, dass der Erfolg der Staaroperation nur durch ganz geringfügige gesundheitliche Opfer des Patienten bedingt wird, die im Verhältnis zu dem Gewinn der Operation verschwinden.

Die Vertreter der herrschenden Ansicht werden geneigt sein, das sehr bedingte Zugeständnis, das sich aus diesen Aus-

führungen ergiebt, als eine unfreiwillige Anerkennung der Richtigkeit ihrer Auffassung anzusehen. Gut. Wenn aber die *operative* Behandlung mit Rücksicht auf die gesundheitlichen Nachteile, die mit ihr verbunden zu sein pflegen, eine Körperverletzung und Gesundheitsschädigung wäre, so ist auch die *innere* Behandlung von Patienten körperverletzend und gesundheitsschädigend. Denn auch die innere Behandlung hat nicht selten schädliche Nebenwirkungen im Gefolge. Über Nebenwirkungen von Arzneimitteln teilt mir der Vorsteher einer Universitätsklinik folgendes mit:

Jedes medikamentös wirksame Mittel kann in grösserer Dose wohl auch schädlich wirken. Wenn wir eine rasche, kräftige Wirkung haben wollen, sind wir manchmal gezwungen, Dosen zu verabreichen, welche mit einiger Wahrscheinlichkeit schädliche Wirkungen haben werden. Bei einem Falle von Hirnsyphilis mit sehr schweren Symptomen, den ich letzthin behandelte, traten infolge der Einreibung von *Quecksilber* blutige Diarrhöen auf. Die gefahrdrohenden Hirnerscheinungen gingen jedoch zurück und Patient wurde gerettet. Hier war periculum in mora; auf etwaige Nebenerscheinungen konnte keine Rücksicht genommen werden.

Hierher gehört auch die Frage der *Narkose*. Todesfälle infolge von Narkose sind relativ häufig.

Darf man ohne weiteres Morphium einspritzen oder soll man dies wo möglich vermeiden wegen der Gefahr des Morphinismus? Ein sehr geschätzter Kliniker macht gar keine Morphiumeinspritzungen, um nicht zum Morphinismus Veranlassung zu geben.

Wirksame *Antiseptika* sind fast ausnahmslos Gift, so *Karbolsäure* und *Sublimat;* mehr oder weniger schwere Vergiftungen sind auf chirurgischen Kliniken sehr häufig dagewesen. Auch *Jodoform* kann schwere Erscheinungen hervorrufen. In einem Spital soll ein Patient in einem durch Jodoform hervorgerufenen Aufregungszustand aus dem Fenster gesprungen sein.

Der Körper hat hie und da eine besondere Idiosynkrasie gegen gewisse Arzneimittel; z. B. gegen Jodpräparate, besonders gegen Jodkalium. Einzelne Individuen haben schon von ganz minimen Dosen regelmässig Schnupfen, Ausschläge, Augenkatarrh bekommen.

Arzneiausschläge sind bekannt von Antipyrin, Phenacetin etc., sowie von den Serumeinspritzungen.

Bei dem heutigen Stande der Chirurgie möchte es sich sogar fragen, ob nicht die Anwendung von Arzneimitteln die Befürchtung schädlicher Nebenwirkungen in höherem Grade rechtfertigt als die operative Behandlung. Somit wäre auch die *interne* Behandlung Kranker eine (rechtmässige) *Körperverletzung.*

Wie die Chirurgie ihre Technik stets zu vervollkommnen strebt, so ist das Bestreben der innern Medizin darauf gerichtet, Arzneimittel kennen zu lernen oder ausfindig zu machen, die sicher wirken und von schädlichen Nebenwirkungen frei sind.

Die *operative* und die *interne* Behandlung gehören dem einen grossen Gebiete der *Therapie* an; sie unterscheiden sich nach *Form* und *Mittel* voneinander, aber nicht dem *Wesen* nach. Wie die operative Behandlung, so besteht auch die interne Behandlung in einer durch den Zustand des Patienten gebotenen oder rätlich erscheinenden, also indizierten Einwirkung auf seinen Körper.

Die *Grenzen* der *operativen* und der *internen* Behandlung sind übrigens keineswegs scharf gezogen. Die operative und die interne Behandlung sind im Leben untrennbar verbunden. Wenn der Operateur den Patienten einschläfert, so wirkt er zunächst intern auf denselben ein, treten bei dem Kranken während oder nach der Operation Erscheinungen auf, die eine innere Behandlung erfordern, so greift der Arzt zu innern Mitteln. Der Arzt, der eine Schutzimpfung vornimmt, handelt zunächst operativ, indem er einen winzigen Schnitt oder Stich ausführt, dann aber führt er Stoffe in den menschlichen Körper ein, welche die innere Medizin als heilbringend oder schützend erachtet.

Die operative und die innere Behandlung sind auch hinsichtlich der Krankheitserscheinungen nicht fest abgegrenzt, vielmehr zeigt namentlich die Gegenwart eine Konkurrenz der beiden Methoden, die einem förmlichen Wettkampf ähnlich ist.

Wie heftig der Kampf geführt wird, zeigt z. B. die Streitschrift: „*Unter der Herrschaft des Messers*“ [1]), die sich als ein „Mahnwort von einem Freunde der leidenden Menschheit“ ankündigt. Der Verfasser, ein österreichischer Arzt, verlangt, die interne Medizin solle „*Herrscherin bleiben im Reiche der Medizin*, wie sie es von je war, und nicht der früher so verachtete Chirurg“.

„In alle möglichen Fälle, in denen früher der Internist Alleinherrscher war, drängt sich heute der Chirurg. Er will die tuberkulose Lunge exstirpieren, er will bei jedem pleuritischen Exsudat dabei sein, bei jeder hartnäckigen Stuhlver-

[1]) Wien, Karl Konegen, 1892. S. 9 und 10.

stopfung drängt man heute zum Bauchschnitt und hat es nicht selten schon erleben müssen, dass durch ein einfaches Klystier die schon angeordnete Operation unnötig wurde. Er will die Neuralgie durch blutige Dehnung curieren, er operiert alle innerlichen Krebse, etc., etc., und das alles, wie sich statistisch nachweisen lässt, ohne bessere Erfolge, als es die Internisten früher ohne Messer auch erzielten."

Durch die Herrschsucht des Chirurgen, klagt der Verfasser, wurde aber eben die interne Medizin immer mehr in den Hintergrund gedrängt und muss sich dieselbe noch den Spott der Chirurgen, der nie fehlt, wo der Schaden ist, ruhig gefallen lassen.

Der Kritiker beruft sich auf *Frerichs*, der erklärte: „Die interne Medizin ist berufen, die Einheitsidee des menschlichen Organismus festzuhalten, die allgemeinen Gesetze, welche die Lebensvorgänge des Individuums bestimmen und nach welchen dessen Bestehen und Vergehen geregelt wird, jedem Arzte wieder in Erinnerung zu bringen. Die interne Medizin soll immer der segenspendende Strom bleiben, von welchem die Specialfächer wie Bäche sich abzweigen und gespeist werden, die aber im Sande verrinnen und versiegen werden, wenn sie sich abtrennen."

Der Wiener Chirurg *Albert* [1]) beantwortete diese Schrift durch den Nachweis: „Die moderne Chirurgie hat *trotz der kolossalen Eingriffe, die sie wagt* [2]), die Mortalitätsziffer von 7 Perzent auf 5 Perzent herabgedrückt." Er gelangt zu dem Schluss: „Die Praxis der Vergangenheit war viel operationslustiger, viel gewagter, viel waghalsiger" [3]). Er hebt aber selbst hervor, dass sich das Anwendungsgebiet der Chirurgie unge-

---

[1]) Prof. *C. Albert,* Die Erfolge des Messers. Antwort auf die Broschüre: Unter der Herrschaft des Messers. Wien 1892, Afred Hölder. Darauf erschien eine Replik von Dr. *Albert Reibmayr,* «Unter der Herrschaft des Messers. Zweiter Teil. Widerlegung der Schrift des Herrn Hofrates Professor Albert, Wien, Konegen, 1892», in welcher der Verfasser der Anklageschrift seine Behauptungen aufrecht erhält, jedoch erklärt, er schreibe nicht gegen das Messer, sondern gegen den Missbrauch des Messers.

[2]) Die Worte sind im Text nicht unterstrichen.

[3]) A. a. O. S. 15, 36.

mein erweitert hat[1]) und dass sich die Grenzen operativer und interner Behandlung fortwährend verschieben.

Es ist nicht unsere Aufgabe, die Erfolge der operativen und der inneren Behandlung gegeneinander abzuwägen und ein Urteil darüber abzugeben, ob die Chirurgie in das Gebiet der inneren Medizin übergreife; vielmehr handelt es sich hier nur darum, festzustellen, dass die *Grenzen* der *operativen* und der *inneren* Behandlung *bestritten* und *der Veränderung unterworfen* sind. Besonders deutlich trat dies neuestens in einer Beratung der deutschen Gynäkologen über die Behandlung der retroflexio uteri hervor[2]). Man stritt sich darüber, ob die retroflexio uteri operativ oder innerlich, insbesondere durch ein Pessare zu behandeln sei[3]).

Aus den Mitteilungen und Meinungsäusserungen dieser hervorragenden Specialisten, die meist Vorsteher von Universitäts-Kliniken sind, ergiebt sich, dass die einen die retroflexio uteri vorwiegend operativ[4]) behandeln, andere vorwiegend

---

[1]) Wenn ein Chirurg aus der Zeit vor der Antisepsis (vor 1856) an eine chirurgische Klinik berufen würde, so «fände er zu seinem grössten Erstaunen auch ein zur Resektio bestimmtes, schön bewegliches Carcinoma pylori vor, eine zur Gastrostomie bestimmte impermeable Striktur des Ösophagus, an der jede Entrirung gescheitert ist; er würde einen oder mehrere Fälle von Carcinoma flexuræ sigmoideæ sehen, das eine zur Colotomie, das andere zur Resektion bestimmt, mehrere Ovarialcysten, mehrere Uterusmyome, mehrere schwere Strumen».

«Alle diese Fälle würde er sofort entlassen, im Glauben, dass die Fälle sicher nur wegen Platzmangel hergelegt sind; einige Fälle würden auf die medizinische, andere auf die geburtshilfliche Klinik transferirt, andere nach Hause entlassen.» *Albert*, a. a. O., S. 9 und 10.

[2]) Bericht über die Verhandlungen der VII. Versammlung der deutschen Gesellschaft für Gynäkologie in Leipzig vom 7.—11. Juni 1897. Centralblatt für Gynäkologie, 1897, Nr. 25, S. 769—781.

[3]) Das Pessare ist ein Stützapparat, welcher dazu dient, die aus ihrer natürlichen Stellung gewichenen innern weiblichen Genitalorgane, hauptsächlich die Gebärmutter und die Scheide, nach deren Reposition an Ort und Stelle zu erhalten.

[4]) So *Elischer,* der sich gegen die Pessarbehandlung erhob: «*Geheilt wird dadurch die Retroflexion nicht,* höchstens die Frau für kurze Zeit arbeitsfähig gemacht. Aber die bessere Klasse der Frauen remonstriert gegen die Inkonvenienzen des Pessars ebenso wie — die Ehemänner. So ist die Pessarbehandlung nur dann am Platze, *wenn man die radikale Heilung durch Operation nicht erzielen kann; letztere ist jedoch selbst in komplizierten Fällen gut möglich.*

intern [1]), dritte wieder bald operativ, bald durch Anlegung eines Pessars [2]).

Wenn aber die operative und die interne Behandlung so innig verbunden sind, ineinander übergehen und elektiv angewendet werden, so kann unmöglich die *eine* Methode als körperverletzend angesehen werden, die *andere nicht;* vielmehr müssen *dieselben* Rechtsgrundsätze für beide Formen der Behandlung gelten.

Da die ärztliche Behandlung, sei sie nun operativ oder intern, im allgemeinen und *in der Hauptsache* in einer dem gesundheitlichen Zustand des Patienten *angemessenen* (indizierten) Einwirkung auf seinen Körper besteht und die etwaigen schädlichen Nebenwirkungen gegenüber der wohlthätigen Hauptwirkung der Behandlung durchaus zurücktreten, so würde den Erscheinungen des Lebens Gewalt angethan, wenn das Strafrecht die Behandlung nicht nach ihrer Hauptwirkung, sondern nach einer untergeordneten Nebenwirkung, die der Arzt nach Kräften auszuschliessen trachtet, charakterisieren wollte.

Die Untersuchung des „wunden Punktes" der operativen Behandlung widerlegt also die Annahme, *die operative Behandlung sei keine Körperverletzung,* nicht nur *nicht,* sondern sie *bestätigt* diese Auffassung für *jede Form* der Behandlung.

---

[1]) *Fehling* (Halle) macht von der *Pessarbehandlung* in Klinik und Poliklinik *ausgiebigen Gebrauch. Küstner* urteilt: Die Pessarbehandlung wird viel zu wenig gekannt und gekonnt. Der Misskredit, in dem die Pessare beim Publikum stehen, ist ganz kolossal. *Chrobak* (Wien): Die Pessarbehandlung könne die volle Arbeitsfähigkeit (der Frau) wiederherstellen, sie sei aber technich schwerer und mühsamer als die operative Methode. Er habe viele von andern operativ behandelte Retroflexionen nachzuuntersuchen Gelegenheit gehabt; die ärgsten Misserfolge habe er gesehen nach Vaginofixur, die er 16mal gemacht habe, *aber nicht wieder machen werde. Neugebaur* (Warschau) freut sich der Anerkennung, welche die Pessarbehandlung wieder gefunden habe, mancher greife auch nach der Operation, um deren Misserfolg auszugleichen, zum Pessar. *Löhlein* (Giessen) verlangt eine *Einschränkung der operativen Therapie im allgemeinen, wie besonders bei der vaginalen Retroflexion.*

[2]) *Martin* (Berlin) hat wegen reiner Retroflexion unter 454 Kolpotomien nur 60mal, mit Beckenperitonitis 300mal operiert.

V.

Der Thatbestand der Körperverletzung.

Der Thatbestand, den wir heute nicht eben glücklich als *Körperverletzung*[1]) bezeichnen, hat sich in der Gesetzgebung erst spät herausgebildet. Eine Strafpflicht kann dem Staate der Natur der Sache nach nur gegen denjenigen auferlegt werden, der die Gesundheit eines Menschen und sein Wohlbefinden schuldhaft schädigt oder gefährdet, und nicht gegen denjenigen, der die Gesundheit eines Menschen wiederherstellt oder bessert oder sie vor Schädigungen bewahrt, also nicht gegen denjenigen, der einen Patienten *behandelt.*

Dieser Auffassung entspricht das erste deutsche Strafgesetzbuch, welches den Thatbestand der Körperverletzung scharf ausschied. Das *Josefinische* Strafgesetz bedrohte denjenigen, der in boshafter Absicht an jemand Hand anlegt und den Angefallenen dadurch beträchtlich verwundet, sowie denjenigen, der einen Menschen, wenn auch mit seiner Einwilligung, in böser Absicht an seinen Gliedmassen verstümmelt. Das geltende *österreichische* Strafgesetz bedroht denjenigen mit Strafe, der den Körper eines Menschen in feindseliger Absicht beschädigt.

Ist der Thatbestand der Körperverletzung so gefasst, so kann die Behandlung Kranker unmöglich in denselben einbezogen werden. Dagegen giebt die Fassung des *deutschen* Reichsstrafgesetzbuches:

„Wer vorsätzlich einen andern körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung . . . . . bestraft“,

zu Zweifeln Anlass.

Das deutsche Reichsgericht[2]) führt aus:

---

[1]) Richtig, *Hugo Meyer,* Lehrbuch, 5. Auflage, Leipzig 1895, S. 468, Anmerkung 1. «Ein in mehrfacher Hinsicht nicht zutreffender Name, der überdies bald die Verübung bald ihre Wirkung andeutet.» Ich wollte die *vorsätzliche* Körperverletzung im schweizerischen Entwurf als *Misshandlung* bezeichnen; die Expertenkommission entschied sich jedoch für den Namen *Körperverletzung.*

[2]) III. Strafsenat. Urteil vom 31. Mai 1894 g. W. Rey. 1406/94 in den Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen. 25. Band, Leipzig 1894, S. 375 ff. Dieses Urteil, sowie die Urteile der ersten Instanz sind im Anhang abgedruckt.

Als man statt der mehr kasuistischen Fassung des § 187 des preussischen Strafgesetzbuches:

„wer vorsätzlich einen Anderen stösst oder schlägt oder demselben **eine andere Misshandlung oder Verletzung des Körpers** *zufügt",*

die jetzige Formulierung des § 223 St. G. B.'s wählte:

„wer vorsätzlich einen Anderen körperlich **misshandelt** *oder an der* **Gesundheit beschädigt",**

wollte man mit dem Ausdruck „körperlich misshandeln" im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten **Verletzungen** *zusammenfassen. Dass dazu auch entstellende Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit mindestens in ihren wesentlichen Bestandteilen, also erheblichere Substanzverletzungen, der Verlust einzelner Gliedmassen u. dgl., zu rechnen sind, kann angesichts des § 224 St. G. B.'s nicht zweifelhaft sein.*

Das deutsche Reichsgericht löst also den Begriff von misshandeln und an der Gesundheit beschädigen in den allgemeinen Begriff *verletzen* auf. Allein verletzen bedeutet *schädigen,* verwunden[1]). Die meisten Zusammensetzungen mit ver- (englisch for) beruhen auf gotisch fra-, dessen Bedeutungen die des „Entgegengesetzten, Verschlechterten, Veränderns" sind[2]); auch *letzen* allein bedeutet *schädigen*[3]).

Das deutsche Reichsgericht setzt sich in Widerspruch nicht nur mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, sondern mit dem Geist der deutschen Sprache, wenn es unter Verletzung nicht nur den schädlichen, sondern auch den nützlichen und durch den Zustand des Patienten gebotenen Eingriff in den menschlichen Körper versteht.

Auch die Misshandlung wird von dem deutschen Reichsgerichte unrichtig aufgefasst:

Zunächst erscheint es verfehlt, mit der Vorinstanz den zum Zweck des Heilverfahrens vorgenommenen chirurgischen Eingriffen in die Unversehrtheit des Körpers und der Gliedmassen eines Menschen schon um deshalb objektiv den Charakter einer unter § 223 St. G. B.'s fallenden „Misshandlung" absprechen zu wollen, weil nach gewöhnlichem

---

[1]) *Friedrich Kluge,* Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache. Fünfte Auflage. Strassburg 1894. S. 388

[2]) *Kluge,* S. 387.

[3]) *Kluge,* S 236.

Sprachgebrauche unter „misshandeln" lediglich ein unangemessenes, schlimmes oder übles, niemals aber ein an sich vernünftiges und zweckmässiges Handeln zu verstehen sei.

Die Annahme, der Gesetzgeber habe eine *„zweckmässige* und *vernünftige"* Behandlung des menschlichen Körpers als eine *Miss*handlung erklären wollen, ist *unmöglich,* weil sie dem Gesetzgeber etwas Widersinniges zumutet. Durch die Silbe *„miss"* wird *„das verkehrte, das verfehlte einer Handlung"* [1]) bezeichnet. Wie kann der Gesetzgeber eine zweckmässige und vernünftige Handlung als verfehlt und verkehrt erklären und wie ist es denkbar, dass er die ärztliche Behandlung, die im Dienste des *Gesundheitsschutzes* steht, als *Angriff* auf die *Gesundheit* mit Strafe bedroht habe [2]).

Vergleicht man das *deutsche* mit dem *preussischen* Strafgesetz, so ergiebt sich, dass beide Gesetze denjenigen bestrafen, der einen andern *misshandelt;* das deutsche Gesetz sagt enger körperlich misshandelt. Ein Unterschied besteht darin, dass das preussische Gesetz als Hauptbeispiele des Misshandelns oder Körperverletzens das *Stossen* oder *Schlagen* anführte. Ferner setzt das preussische Gesetz der Misshandlung die Verletzung des Körpers gleich (eine andere Misshandlung oder Verletzung des Körpers), das deutsche Reichsgesetz nennt neben dem körperlichen Misshandeln das *Beschädigen an der Gesundheit* (misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt) und giebt dem Thatbestand den Namen Körperverletzung.

Bezüglich der Misshandlung stimmt also das deutsche mit dem preussischen Gesetz völlig überein, nichts lässt vermuten, dass der Ausdruck Misshandlung anders zu verstehen sei als bisher, nichts lässt vermuten, dass nun auch eine *zweckmässige* und *vernünftige* operative Behandlung objektiv eine Misshandlung geworden sei.

Eine gerechte Würdigung der Auffassung des Reichsgerichts ist jedoch erst möglich, wenn der Fall näher untersucht wird, auf den das Reichsgericht diese Grundsätze zur Anwendung brachte. Der Oberarzt der chirurgischen Abteilung eines Spitals nahm an einem Kinde eine Resektion der Fussknochen vor, die

---

[1]) *Kluge,* S. 258, bei «mis» und bei «missen».

[2]) Eingehend und treffend weist dies Dr. *J. Thiersch* in dem Aufsatze nach, der im Anhang (IV) teilweise abgedruckt ist.

tuberkulös vereitert waren. Der Eingriff war nach der Auffassung des Reichgerichts *zweckmässig* und *vernünftig*. Die Verbreitung der tuberkulösen Infektion würde nach dem Gutachten der Sachverständigen das Kind mit „chronischem Siechtum", „*schliesslich* dem Tode" bedroht haben.

Der Arzt führte die Operation jedoch gegen den ausdrücklichen Willen des Vaters des Kindes aus.

Das Reichsgericht argumentiert folgendermassen:

Dass die Norm des § 223 St. G. B.'s ***rechtswidriges*** *Handeln voraussetzt, ist freilich gewiss, und daraus wird zu folgern sein, dass eine nicht rechtswidrig zugefügte Körperverletzung keine strafbare Misshandlung ist.*

Der Satz ist unanfechtbar, doch möchte ich den Gedanken eher so ausdrücken: Eine Ausnahme von der Strafpflicht besteht hinsichtlich Körperverletzungen dann, wenn das Gesetz eine Körperverletzung ausdrücklich gebietet oder erlaubt oder straflos zulässt.

Unhaltbar aber ist es, das „nicht rechtswidrige" darein setzen zu wollen, dass der ***Zweck*** *oder gar der* ***Erfolg*** *der Körperverletzung sich als dem Verletzten heilsam, als vernünftig darstelle. Objektiv rechts-***widrig** *ist jedes an sich normwidrige Handeln, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges* ***Recht*** *zur Seite steht. Dass jemand nach eigener Überzeugung oder nach dem Urteile seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen als dieser selbst, dessen körperliches oder geistiges Wohl durch geschickt und intelligent angewendete Mittel vernünftiger fördern zu können, als dieser es vermag, gewährt jenem entfernt nicht irgend eine* ***rechtliche*** *Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des Anderen einzugreifen, diesem Gewalt anzuthun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstande gutgemeinter Heilversuche zu benutzen* [1].

---

[1]) Einen wesentlich *anderen* Standpunkt nimmt das Reichsgericht ein, wenn es sich um Schadenersatz für rechtswidrige Beschädigung handelt. Dem Beschädigten wird das Recht abgesprochen, eine Operation, welche nach vernünftigem Ermessen besondere Gefahren nicht mit sich führt, wegen Gefahren, « die nur in der Einbildung des Verletzten bestehen », abzulehnen. Es wird also eine Rechtspflicht anerkannt, sich durch Operation eine « Körperverletzung » zufügen zu lassen. Dem Schadenersatzpflichtigen

Dem Reichsgericht ist darin vollständig beizustimmen, dass der Arzt *nicht* das *Recht hatte*, die Resektion an dem tuberkulösen Kinde gegen den Willen des Vaters auszuführen. Der Arzt handelte *rechtswidrig*. Daraus folgt aber nicht, dass der Arzt das Kind rechtswidrig *misshandelt* oder an der *Gesundheit beschädigt* habe, sondern nur, dass er, wie das Reichsgericht selbst hervorhebt, einem andern *Gewalt anthat*, in dessen *Rechtssphäre eingriff*, seinen Körper *willkürlich* zu Heilversuchen benutzte.

Einem andern *Gewalt anthun, in seine Rechtssphäre eingreifen*, ihn willkürlich zu Heilversuchen benutzen, d. h. im vorliegenden Fall ein Kind *gegen den Willen seines Vaters operativ behandeln*, das sind nicht Handlungen, durch welche die *Gesundheit* und die *körperliche Unversehrtheit* einer Person angegriffen wird, sondern Eingriffe *in die persönliche Freiheit* eines andern. Der Arzt, der das tuberkulöse Kind nach Indikation (zweckmässig und vernünftig) operativ behandelte, hat sich daher eines *Übergriffs in die Rechte der väterlichen Gewalt* schuldig gemacht; seine Handlung verliert damit aber nicht den Charakter einer *Behandlung* und sie verwandelt sich nicht in eine *Körperverletzung*.

Welche Bedeutung der *Einwilligung des Patienten* für die rechtliche Beurteilung einer *Behandlung* zukommt, wird noch zu untersuchen sein; soviel steht aber fest, dass eine Behandlung, die nach dem Zustande des Patienten geboten war, sich dadurch, dass der Patient oder sein gesetzlicher Vertreter dazu

---

wird das Recht zugestanden, «das wahre Interesse seines Nächsten» (den er geschädigt hat) «besser zu verstehen als dieser selbst»; wenn der Geschädigte sich dieser bessern Einsicht verschliesst, so wird ihm der Schaden, der durch Operation voraussichtlich hätte abgewendet werden können, nicht ersetzt. Vgl. *F. Endemann,* Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. Berlin 1893. S. 52.

Was die Frage selbst betrifft, so stimme ich der Ansicht *Endemanns* zu, dass der Verletzte, der eine Operation ablehnt, keinen Schaden verursacht. Es liegt der Gesetzgebung ob, die Frage zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen jemand verpflichtet sei, sich ärztlicher Behandlung, insbesondere einer Operation, zu unterziehen. Im allgemeinen wird aus der persönlichen Freiheit der Person ihr Recht folgen, frei und *ohne sich einem Rechtsnachteil auszusetzen* zu bestimmen, ob und welche ärztlichen Eingriffe an ihr vorgenommen werden dürfen, also auch das Recht, eine Operation *abzulehnen*.

nicht einwilligte, *objektiv*, d. h. in ihrer Wirkung auf die Gesundheit des Patienten, *nicht verändert*.

Der *Oberreichsanwalt* vertrat wenigstens teilweise die richtige Auffassung. Er anerkannte nämlich ausdrücklich, die Gesundheitsschädigung setze begrifflich den Eintritt eines körperlichen Nachteils, eines schädlichen Erfolges voraus, und an einem solchen fehle es, wenn die ärztliche Operation nicht nur keine schädlichen, sondern sogar wohlthätige und vorteilhafte Wirkungen für den Operierten nach sich ziehe.

Wesentlich anders liege indessen die Sache bei der körperlichen Misshandlung. Zweck und Erfolg des vorgenommenen operativen ärztlichen Eingriffes seien für die Frage nach dem Vorliegen einer körperlichen Misshandlung nicht entscheidend, müssten hierbei vielmehr vollständig ausser Betracht bleiben. Massgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine körperliche Misshandlung anzunehmen, sei nur die Handlung in ihrer äusseren Erscheinung mit den ihr direkt und unmittelbar zukommenden Wirkungen auf den menschlichen Körper. Begrifflich sei als Misshandlung jeder Eingriff in die körperliche Integrität und den körperlichen Organismus eines Anderen aufzufassen, wenn sie geeignet erscheine, bei demselben Schmerzgefühl hervorzurufen, körperliches Missbehagen herbeizuführen, eine Störung des körperlichen Wohlbefindens zu verursachen. Diese Eigenschaften könnten aber schon der in der Narkotisierung eines Menschen liegenden Einwirkung auf dessen körperlichen Organismus nicht abgesprochen werden und noch viel weniger dem seitens eines Arztes zu operativen Zwecken mit einem Messer gemachten Einschnitten. Ob der Operierte infolge der ausgeführten, an sich schmerzhaften Operation wirklich Schmerzen fühle, oder die vorhandene Narkose jegliches Schmerzgefühl ausschliesse, sei für den Begriff der Misshandlung gleichgültig.

Nach dieser Theorie sind nicht nur alle operativen Eingriffe, sondern auch die meisten inneren Behandlungen *Misshandlungen*. Wer einem von Unwohlsein Befallenen ein Brechmittel, sei es auch nur laues Wasser, oder ein kräftiges Abführmittel reicht, *misshandelt;* denn die Gabe ist geeignet, bei dem Patienten körperliches Missbehagen herbeizuführen. Der Arzt misshandelt den Patienten selbst dann, wenn es seiner Kunst gelingt, die Pille zu verzuckern und dem Patienten jedes Missbehagen zu ersparen. Gegen die *Gleichstellung* der innern und der operativen Behandlung lässt sich allerdings nichts ein-

wenden. Demgemäss wäre der Arzt wegen Misshandlung zu bestrafen, der dem Patienten eine Arznei verordnet, die geeignet erscheint, bei diesem körperliches Missbehagen herbeizuführen, wenn das Gesetz ihn zu dieser Misshandlung nicht ermächtigt hat. Die Annahme, das Gesetz lasse es zu, dass eine Person *mit ihrer Einwilligung* misshandelt werde, wird von dem österreichischen Gesetz ausdrücklich abgelehnt, das deutsche Gesetz spricht diese Ermächtigung nirgends aus. So würde die Theorie des Oberreichsanwalts am Ende dazu führen, dass auch derjenige wegen Misshandlung zu bestrafen ist, der jemanden *mit seiner Einwilligung* durch Mittel behandelt, die *Missbehagen* verursachen *können!*

Die Ansicht, eine Einwirkung auf den Körper einer Person sei schon deshalb Misshandlung, weil sie dem Patienten Schmerzen oder Unbehagen verursachen *könne*, ist neu. Dagegen lehrt z. B. *Merkel:* „Zur Misshandlung gehören körperliche Schmerzen, welche unmittelbar aus der Einwirkung des Schuldigen auf den Körper des andern hervorgehen.“ [1])

Sehr interessant ist folgende Bemerkung des Oberreichsanwaltes:

Die von dem Vorderrichter vertretene gegenteilige Auffassung könnte auch zu den bedenklichsten Konsequenzen führen und es unter Umständen unmöglich machen, etwaigen Übergriffen von Ärzten auf strafrechtlichem Wege mit der erforderlichen Energie entgegenzutreten und die gegen den Willen der Operierten vorgenommenen Operationen, ***selbst wenn sie sich als schwere Angriffe auf die persönliche Freiheit darstellen,*** *zur Bestrafung zu bringen.*

Die Stellen, welche ich im Druck hervorhebe, scheinen mir den Schlüssel zu der Theorie zu geben, die der Oberreichsanwalt vertrat. Er bezeichnet das Verhalten des Arztes, der gegen den Willen des Patienten oder seines Gewalthabers operiert, zutreffend als einen *Übergriff.* Den Umständen nach kann es sich nur um einen Übergriff *in die persönliche Freiheit* des Patienten oder *in die Gewalt* seines gesetzlichen Vertreters handeln. *Körperverletzungen* charakterisieren sich nicht durch solche Übergriffe. Der Oberreichsanwalt bezeichnet Operationen,

---

[1]) *A. Merkel,* Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889. S. 297.

die gegen den Willen des Patienten stattfinden, selbst als *Angriffe auf die persönliche Freiheit* und gegebenenfalls sogar als *schwere* Angriffe auf die persönliche Freiheit. Er legt aber diese richtige Auffassung seiner Beurteilung des Falles nicht zu Grunde; denn diese von dem Vorderrichter vertretene „gegenteilige“ Auffassung könnte „zu den bedenklichsten Konsequenzen führen“. Diese Auffassung könnte es nämlich unter Umständen *unmöglich machen,* etwaigen Übergriffen von Ärzten auf strafrechtlichem Wege *„mit der erforderlichen Energie entgegenzutreten“* und die ohne Einwilligung des Patienten ausgeführten Operationen „zur Bestrafung zu bringen“.

Es ist vollkommen richtig, dass der Arzt, der eine Behandlung ohne Zustimmung des Patienten oder seines Gewalthabers einleitet, nach den geltenden Gesetzen wegen dieser Verletzung der persönlichen Freiheit nicht so bestraft werden kann, wie es das öffentliche Interesse erfordern kann. Daraus folgt aber doch nicht, dass er nun wegen *Körperverletzung* oder *Misshandlung* bestraft werden soll und darf, sondern nur, dass die Lücken der geltenden Gesetzgebung auszufüllen sind.

VI.

Die Einwilligung des Patienten zur Behandlung.

Die Annahme, durch die Einwilligung des Patienten zu operativer Behandlung werde der Chirurg *berechtigt,* den Patienten *am Körper zu verletzen,* ihn zu misshandeln und an der Gesundheit zu beschädigen, ist hinfällig, wenn die operative Behandlung keine Körperverletzung ist. Es wird mit dieser Annahme der Einwilligung des Patienten ein Sinn beigelegt, den sie niemals hat. Der Patient willigt nicht zu einer *Körperverletzung,* sondern zu einer *Behandlung* ein, die durch seinen gesundheitlichen Zustand geboten ist. Der Patient will *nichts weniger* als *misshandelt* oder an der *Gesundheit beschädigt* werden, wenn er seine Zustimmung zu einem operativen Eingriff oder zu einer andern Behandlung giebt; er will vielmehr, dass der Arzt Handlungen an ihm vornehme, die geeignet sind, die Krankheit, an der er leidet, zu heilen, seinen Zustand zu bessern,

seine Gesundheit, soweit es möglich ist, wieder herzustellen. Nur *insoweit* willigt er zu *Verletzungen* und *Schädigungen* ein, als dieselben mit dem Heilverfahren unvermeidlich verbunden sind, vorausgesetzt, dass diese schädlichen Nebenwirkungen im Vergleich zu der Wohlthat, die er von der Behandlung erwarten darf, nicht bedeutend sind. Was würde ein Patient von dem Arzte denken, der ihn fragen würde: „Darf ich Sie misshandeln und an der Gesundheit beschädigen? Ermächtigen Sie mich, Sie am Körper zu verletzen?" Und doch wäre diese Frage nach der herrschenden Theorie vollkommen angezeigt und der Sachlage entsprechend. Mit dem gesunden Menschenverstand ist sie unvereinbar. Die Ärzte werden sich übrigens dagegen verwahren, dass sie durch die Einwilligung des Patienten zu operativer Behandlung die Befugnis erhalten, den Patienten am *Körper zu verletzen*, ihn zu misshandeln und an der Gesundheit zu beschädigen.

Wenn die Einwilligung des Patienten zu operativer Behandlung dem Arzt nicht das Recht giebt, an dem Patienten eine Körperverletzung zu verüben, so folgt daraus ganz und gar nicht, dass der Arzt nun einen Kranken ohne dessen Zustimmung nach seinem verständigen Ermessen oder gar nach seinem Belieben behandeln und operieren dürfe. Die Kritik, die das Deutsche Reichsgericht gegen diese Ansicht richtet, ist daher gegenstandlos.

Niemand gesteht insbesondere dem Chirurgen, von besondern Fällen abgesehen, das Recht zu, einen Patienten zu behandeln, ohne von ihm oder seinem Gewalthaber dazu ermächtigt zu sein. Aus der persönlichen Freiheit der Person, aus der Verfügungsgewalt, die ihr über ihren Körper zusteht, folgt vielmehr, dass niemand, selbst in der besten und ehrenwertesten Absicht, Handlungen an dem Körper einer Person ohne deren Zustimmung vornehmen darf, dass also auch niemand eine Person ohne ihre Zustimmung ärztlich behandeln darf und zwar weder operativ noch intern [1]). Der Arzt handelt, wie schon oben

---

[1]) Vorbehalten bleiben die gesundheitspolizeilichen Massnahmen bei gemeingefährlichen Epidemien. Das Gesundheitsverwaltungsrecht begründet in solchen Fällen im öffentlichen Interesse wichtige und weitgehende Einschränkungen der persönlichen Freiheit. Das Gemeinwohl geht der persönlichen Freiheit des Einzelnen vor. Die allgemeinen Gesichtspunkte hat *Wahlberg* in seinem Aufsatze: «Das Strafrecht des Gesundheitswesens und

festgesellt worden ist, *rechtswidrig,* wenn er einen Patienten ohne dessen Zustimmung behandelt, er behandelt unbefugt. Bestritten wird nur, dass die Behandlung, die der Arzt zum Wohl des Patienten, aber ohne oder gegen den Willen des Patienten oder seines Vertreters, einleitet, eine *Körperverletzung* oder *Misshandlung* sei. *Dieser* Schluss ist *falsch.* Ob eine Handlung die Gesundheit des Patienten schädige, ob sie eine Misshandlung oder Körperverletzung sei, hängt einzig von der *Beschaffenheit* der Handlung und nicht davon ab, ob die Handlung mit oder ohne Zustimmung des Patienten vorgenommen wird.

Bei Erörterung der reichsgerichtlichen Entscheidung wurde nachgewiesen, dass die Einleitung einer Behandlung ohne Zustimmung oder gegen den Willen des Behandelten sich als ein Eingriff in die persönliche Freiheit des Behandelten darstellt. Allerdings wird dieser Eingriff in die persönliche Freiheit von den geltenden Strafgesetzen nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht. Wenn ein Arzt den Patienten zur Duldung einer Behandlung nötigt, wie der Budapester Arzt, der Patienten, die sich gegen Operationen sträubten, durch Ohrfeigen gefügig machte, so liegt *Nötigung*[1]) vor. Ausserdem trifft kein gesetzlicher Thatbestand auf die eigenmächtige Behandlung zu.

Wenn ein Bedürfnis vorliegt, die eigenmächtige und in diesem Sinne rechtswidrige Behandlung zu bestrafen, so kann dies nur durch Aufnahme einer Strafbestimmung geschehen, durch welche die Behandlung, die ohne oder gegen den Willen eines Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters vorgenommen wird, unter Strafe gestellt wird.

Schon vor einigen Jahren habe ich die Ansicht geäussert, es würde sich empfehlen, den Arzt, der einen Patienten ohne dessen Zustimmung operiert, polizeilich zu bestrafen[2]). *Oppenheim* spottet über diesen Vorschlag[3]). „Es würde sich *empfehlen,* zu

---

strafbare Gesundheitsstörungen» aufgestellt. *Grünhuts* Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, VII, 1880, S. 82—129, und *Wahlberg,* Gesammelte kleinere Schriften, Band 3, 1882, S. 293—310.

[1]) § 240 des deutschen R. St. G. B.

[2]) *Stooss,* Operativer Eingriff und Körperverletzung. Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 6. Jahrgang, Bern 1893, S. 57.

[3]) Professor *L. Oppenheim* in Basel, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe. Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 6. Jahrgang, Bern 1893, S. 347.

strafen? Es würde sich empfehlen, *polizeilich* zu strafen? Das ist doch sehr sonderbar! Jeder Arzt und Jurist weiss es, dass derjenige wegen Körperverletzung zu bestrafen ist, der ohne Einwilligung operiert, wo die Einwilligung erforderlich ist und zwar gleichgültig, ob die Operation gelingt oder misslingt, den Patienten schädigt oder nicht." *Dietrich* stimmt Oppenheim lebhaft zu und findet[1]): „Da ist das Erstaunen am Platze, in welches *Oppenheim* angesichts dieses Satzes ausbricht." Es beweist dies, wie tief die Meinung eingewurzelt ist, die operative Behandlung sei eine Körperverletzung. Dagegen versichert freilich *Kessler*[2]): „Dass Tag für Tag in Deutschland Tausende von Körperverletzungen und von schweren Körperverletzungen vorkamen, die *nur* auf Grund der Einwilligung der Verletzten straflos blieben, wurden Praxis und Theorie bisher sowenig wie in diesem Augenblicke gewahr. Es hat eben niemand, weder die Verletzten noch die Staatsanwaltschaft, je daran gedacht, dass nach der anerkannt herrschenden Lehre alle diese Fälle strafbar seien." *Kessler* meint damit, wie er ausdrücklich hervorhebt, die *ärztlichen Operationen.*

Wenn heute jeder Arzt und jeder Jurist weiss, dass der Chirurg, der den Patienten ohne dessen Einwilligung operiert, wegen Körperverletzung strafbar sei, so muss dies das Verdienst Kesslers sein. Denn wenn Praxis und Theorie *vor Kessler* nicht wussten, dass operative Eingriffe Körperverletzungen seien, die *nur* auf Grund der Einwilligung „des Verletzten" straflos bleiben, so musste es der Praxis und der Theorie auch unbekannt sein, dass ein Chirurg *nur* deshalb, weil der Patient zu der Behandlung nicht einwilligte, wegen *Körperverletzung* zu bestrafen sei.

Ob wirklich dem Staat die Pflicht aufzuerlegen sei, denjenigen, der einen Patienten ohne dessen Einwilligung oder gegen seinen Willen behandelt, insbesondere operativ behandelt, mit Strafe zu bedrohen, lässt sich wohl nicht allgemein und absolut entscheiden. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob in einem Staate ein Bedürfnis besteht, Patienten gegen eigenmächtige ärztliche Behandlung durch Strafzwang zu schützen. Da ich ein solches Bedürfnis in der Schweiz nicht wahrnahm,

---

1) *H. Dietrich,* Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Diss., Fulda 1896, S. 69.

2) *R. Kessler,* Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig 1884. S. 5.

so nahm ich in den schweizerischen Strafgesetzentwurf keine Bestimmung gegen eigenmächtige Behandlung auf. Der Fall, der in Hamburg vorkam, scheint mir keineswegs so arg zu sein, dass damit die Begründung der staatlichen Strafpflicht als notwendig erwiesen wäre. Denn wenn der Arzt das Kind auch gegen den ausdrücklichen Willen des Vaters operierte, so ist doch kein Zweifel darüber, dass der Vater aus Unverstand seine Zustimmung zu der Operation versagte. Ein einsichtiger Vater durfte die Erlaubnis zur Operation nicht verweigern. Es möchte sich fragen, ob die Vormundschaftsbehörde, der der väterliche Vormund untersteht, nicht berechtigt und verpflichtet wäre, unter solchen Umständen die Zustimmung zu der Operation zu geben und das Verbot des Vaters damit zu entkräften. Man wird dem Vater doch nicht ein Recht über Leben und Tod seines Kindes zuerkennen und ihm nicht die Befugnis geben wollen, eine zum Wohl und zum Leben des Kindes notwendige Operation frivol oder aus Unverstand zu hindern.

Ich finde sogar, der Arzt, der ein Kind durch einen operativen Eingriff aus unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Lebens- oder Gesundheitsgefahr errettet, nehme *dem Wesen nach* eine *Notstandshandlung* vor.

Es lassen sich allerdings Fälle eigenmächtiger Behandlung denken, die schwere und strafwürdige Eingriffe in die persönliche Freiheit enthalten, so namentlich, wenn die Meinungen der Fachmänner darüber, ob eine operative Behandlung angezeigt sei, geteilt sind, und die Operation lebensgefährlich und nicht sehr aussichtsvoll ist. Ein Arzt, der unter solchen Umständen gegen den Willen des Berechtigten zur Operation schreitet, muss bestraft werden, wenn die Patienten nicht der Willkür des Chirurgen preisgegeben werden sollen. In der Privatpraxis kommen Übergriffe des Arztes in dieser schroffen Form gewiss höchst selten vor. Denn die Natur des Dienstvertrages, der zwischen dem Patienten und dem Arzt besteht, wird auch von dem Rechtsunkundigen instinktiv erkannt und praktisch gewürdigt. Doch wird mancher Arzt dem Patienten eine Behandlung, die er einzuleiten wünscht, weniger bedenklich darstellen, als sie wirklich ist.

Kritisch scheint der Fall zu sein, wenn der Arzt befürchten muss, eine offene Darlegung des Zustandes, in dem sich der Patient befindet, und der Behandlung, die der Zustand erfordert,

könnte das Befinden des Patienten ungünstig beeinflussen. Allein rechtlich ist die Lösung dieses Falles klar. Da die Einwilligung des Patienten zu der Behandlung, die der Arzt vorschlägt, nur dann rechtlich wirksam ist, wenn sie auf Grund eines wahrheitsgemässen Berichtes des Arztes erteilt wird, und da die Einwilligung des Patienten zu der Behandlung wertlos ist, wenn der Patient durch den Arzt über seinen Zustand und über die Aussichten der Behandlung getäuscht worden ist, so ist es Pflicht des Arztes, dem Patienten, dessen Zustimmung zu der Behandlung er verlangt, *rückhaltlos*, wenn auch gewiss in schonender Form, *die Wahrheit zu sagen.* Die Wahrheit hat übrigens selbst in einem solchen Falle trotz aller Bitterkeit eine gesunde Kraft; sie wird den Patienten nicht stärker angreifen als die halbe Wahrheit, die zur andern Hälfte Unwahrheit ist. Der entschiedene Freimut des Arztes wird das Vertrauen des Patienten in seinen Arzt befestigen, während ein zweideutiges, beschönigendes Verhalten des Arztes das Misstrauen des Kranken erregen muss.

Findet der Arzt, der Kranke sei nicht im stande, die Wahrheit zu ertragen, so soll er dem Kranken überhaupt keine Einwilligung zu der Behandlung zumuten, und sich an dessen Angehörige wenden, im Notfalle aber nach pflichtgemässem Ermessen handeln.

Wenn der Patient dem Arzt als Pflegling eines Spitals, einer Anstalt oder einer Klinik in Behandlung gegeben wird, so gerät der Patient leicht in eine abhängige Stellung gegenüber dem Arzt. Der Arzt weiss, dass der Patient nicht die Wahl hat, sich von ihm oder einem andern Arzt behandeln zu lassen, er weiss auch, dass er nicht von dem Patienten für seine Dienste honoriert wird. Dadurch gewinnt der Arzt eine Machtstellung, welche die Bethätigung der persönlichen Freiheit des Patienten hinsichtlich der Behandlung des Arztes bedeutend einschränkt oder nahezu aufhebt. Ist der Arzt autokratisch veranlagt, so lebt er sich nach und nach in die Vorstellung hinein, der Patient sei verpflichtet, sich der Behandlung zu unterwerfen, die der Arzt nach seiner überlegenen Einsicht zum Wohl des Patienten für angemessen erachte. Arbeitet der Arzt wissenschaftlich, so ist er namentlich bei *interessanten Fällen* versucht, die Behandlung des Patienten in den Dienst der medizinischen Erkenntnis zu stellen und zu vergessen, dass das Wohl des

Patienten die *einzige* Richtschnur für seine Behandlung sein muss. Dann besteht die Gefahr, dass der Patient nicht ausschliesslich in *seinem* Interesse, sondern als „*Material*“ behandelt werde. Das ist das Ende der persönlichen Freiheit des Patienten.

Wenn die Gerichte, wie es nach dem Vorgang des deutschen Reichsgerichts zu befürchten ist, die eigenmächtige Behandlung als vorsätzliche Körperverletzung anerkennen sollten, so wäre es dringend geboten, dieser unrichtigen Gesetzesanwendung durch Aufnahme einer Bestimmung gegen eigenmächtige Behandlung vorzubeugen. Denn es wäre eine schreiende Ungerechtigkeit, wenn ein Arzt, der z. B. eine nach dem Zustand des Patienten gebotene Amputation kunstgerecht ausführt, deshalb, weil er die Operation ohne Zustimmung oder gegen den Willen des Patienten vornimmt, wegen vorsätzlicher Körperverletzung bestraft würde. Eine sachlich gebotene Amputation ist niemals eine „Verstümmelung“. Würde der Arzt, der an einem Kranken ohne dessen Einwilligung eine indizierte Amputation kunstgerecht ausführt, wirklich eine *Körperverletzung* begehen, so müsste er nach deutschem Gesetz[1]) mit Zuchthaus von mindestens 2 Jahren bestraft werden. Denn dann hätte der „Verletzte“ ein wichtiges Glied des Körpers verloren, und diese Folge wäre „beabsichtigt und eingetreten“. „Das Absurde einer solchen Unterstellung springt mit besonderer Schärfe in die Augen“[2]), wenn der Chirurg dem Patienten durch die Amputation das Leben gerettet hat.

Wenn eine ärztliche Behandlung in der Regel nur mit Zustimmung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters eingeleitet und durchgeführt werden darf, so begründet das Leben doch wichtige Ausnahmen. Es kommt nicht selten vor, dass der Operateur im Verlaufe der Operation zu der Überzeugung gelangt, dass der Zustand innerer Organe anders ist, als er angenommen hatte, und dass dieser Zustand einen Eingriff erfordert, der viel weiter geht als der Eingriff,

---

[1]) *§ 224.* Deutsches R. St. G. B. Hat die Körperverletzung zur Folge, dass der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers verliert . . . .

§ 225. War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zehn Jahren zu erkennen.

[2]) Entscheidungsgründe des deutschen Reichsgerichts, a. a. O. S. 378 unten.

zu dem der Patient eingewilligt hatte [1]). Der Patient liegt aber nun in Narkose da, Angehörige sind nicht gegenwärtig, es ist Gefahr im Verzug, und die Indikation ist zweifellos. Da das Wohl des Patienten die weitergehende Operation notwendig macht, so findet der Satz Anwendung: Salus aegroti suprema lex esto. Es kommt ferner und zwar nicht selten vor, dass der Arzt den Patienten in einem Zustande vorfindet, der denselben unfähig macht, seinen Willen hinsichtlich der Operation zu äussern. Auf dem Schlachtfeld liegen Schwerverwundete in Ohnmacht, eine Besprechung mit dem Patienten ist nicht möglich, seine Angehörigen sind fern, die Zeit und die Gefahr drängen zu raschem, entschlossenem Handeln. Auch hier ist es Pflicht des Arztes, so zu handeln, wie es das gesundheitliche Wohl des Patienten erfordert. Gleich verhält es sich bei Notfällen, zu denen der Arzt täglich gerufen wird. Selbstverständlich wird die Verantwortlichkeit des Arztes gesteigert, wenn er die Einwilligung des Patienten zu der operativen Behandlung nicht einholen kann. Ist aber der Eingriff unabweislich, so würde sich der Arzt, der unthätig bliebe, schwerer Pflichtverletzung schuldig machen. „Edel sei der Mensch, hülfreich und gut"; diese Menschenpflicht soll vor allen andern der Arzt erfüllen.

Diese Menschenpflicht wird auch von Personen geübt, die nicht Ärzte sind. Es haben sich Samaritervereine gebildet, die ihre Mitglieder dazu ausbilden, bei Unglücksfällen die erste Hülfe zu leisten. Diese Hülfeleistung ist ihrer Natur nach eine *ärztliche Behandlung.* Niemand denkt daran, sich bei solcher Hülfeleistung der Zustimmung des Verunglückten oder gar eines Vertreters desselben zu versichern. In solchen Fällen tritt die Sorge für Leben und Gesundheit eines Menschen so gebieterisch in ihre Rechte, dass die Rücksicht auf seine persönliche Freiheit von selbst zurücktritt. Dieses natürliche, den Bedürfnissen des Lebens entsprechende Verhältnis muss auch

---

[1]) Eine Ehefrau sehnte sich nach dem Glück der Mutterschaft. Der Arzt hoffte, durch eine Operation das Übel, das eine Empfängnis hinderte, zu beseitigen. Die Frau willigte zu der Operation freudig ein. Durch den Eingriff überzeugte sich der Arzt, dass der Zustand der Frau eine Wegnahme des Eierstocks erfordere und führte diese aus. Die Frau hatte zu der Operation eingewilligt, um Mutter werden zu können; durch die Operation wurde sie unfruchtbar gemacht.

der Gesetzgeber anerkennen, wenn die Gesetzgebung eine Regel des Lebens bleiben soll.

Im allgemeinen wird daher eine ärztliche Behandlung ohne Zustimmung des Patienten oder eines Vertreters desselben vorgenommen werden dürfen, *wenn die Behandlung zum Wohl des Patienten dringend geboten ist und die Einwilligung zu gegebener Zeit nicht eingeholt werden kann.* Es möchte sich sogar fragen, ob in Notfällen auf einen unverständigen Widerspruch des Hülfsbedürftigen oder seines Vertreters Rücksicht zu nehmen sei.

Es wird nicht leicht sein, eine Formel zu finden, die *genau* feststellt, in welchen Fällen eine Behandlung ohne Einwilligung des Patienten eingeleitet werden darf. Es liegt hierzu auch kein zwingendes Bedürfnis vor, sobald die Behandlung richtig gewürdigt und sie nicht mit Körperverletzung und Misshandlung verwechselt wird.

Die ärztliche Behandlung, die wirklich zum Wohl des Patienten dient und nicht Nebenzwecken dienstbar gemacht wird, die, so edel sie auch sein mögen, dem Wohl des Patienten fremd sind, wird mit der persönlichen Freiheit des Patienten selten in Konflikt treten. Denn ein verständiger Patient und ein einsichtiger Vertreter desselben werden ihre Zustimmung zu einer Behandlung, die der Zustand des Patienten erfordert oder doch rätlich erscheinen lässt, nicht so leicht verweigern.

Wer die ärztlichen Eingriffe als Körperverletzungen und Misshandlungen erklärt, die *nur* durch die Einwilligung des Verletzten rechtmässig werden, wird durch diese Ausnahmen in arge Verlegenheit gesetzt. Die Vertreter dieser Ansicht helfen sich mit einer gewaltsamen Auslegung *des Willens* „des Verletzten“, die aber notwendig zu unstatthaften Präsumtionen und Fiktionen führt. Dieser Verlegenheit ist auch das deutsche Reichsgericht nicht entgangen. Seine Ausführungen verraten deutlich die Unsicherheit des Standpunktes, den es vertritt.

Gewiss ist der Arzt zu der Annahme befugt, dass der Kranke oder dessen Willensvertreter, die im Vertrauen auf seine Kunst ihm die Behandlung der Krankheit übertragen haben, sich folgeweise auch seinem Rate unterordnen, seine Weisungen befolgen, seine Heilmittel sich gefallen lassen werden, ihm daher bei **allen** *seinen Eingriffen in den Organismus des zu Heilenden die Zustimmung jener zur Seite steht. Auf dem Boden solcher* **thatsächlichen** *Vermutungen wird dann aller-*

dings für die ***Auslegung*** *des vernünftigen Willens der Beteiligten der staatlich anerkannte oder sonst bewährte Beruf des Arztes zweifellos von erheblicher Bedeutung werden.*

Dem Sinne nach behauptet das Reichsgericht, der Arzt, der zu einer Behandlung beigezogen werde, *dürfe annehmen*, der Patient oder sein Vertreter willige damit zu allen Eingriffen in den Organismus ein, die der Arzt vornehmen werde. Dass der Patient, der sich einem Arzt in Behandlung giebt, damit auch wirklich zu allen Eingriffen einwillige, die dieser für angezeigt erachtet, behauptet das Reichsgericht nicht. Es kommt aber doch darauf an, ob der Patient zu den Eingriffen *eingewilligt* habe; willigt der Patient zu einer Behandlung nicht ein, so darf der Arzt diese Einwilligung nicht *annehmen*.

Es ist aber auch nicht richtig, dass ein Patient, der sich durch einen Arzt behandeln lässt, diesen damit regelmässig zu *allen* Eingriffen ermächtigen will. Vielmehr darf der Patient annehmen, der Arzt werde keinen irgendwie bedeutenden Eingriff ohne seine ausdrückliche Zustimmung vornehmen.

Doch kann es vorkommen, dass ein Patient einem Arzt, z. B. dem Hausarzt, so vollständig vertraut, dass er ihm, wenn er ihn beruft, damit die Generalvollmacht erteilt, alles zu thun, was den Umständen nach geboten sein mag.

Das Reichsgericht zieht aus seiner Feststellung wichtige Folgerungen für die kritischen Ausnahmsfälle.

So werden sich unbedenklich für die vielerörterten Ausnahmefälle, in denen wegen Bewusstlosigkeit, Geisteskrankheit, Unzurechnungsfähigkeit des Patienten, oder bei Gefahr im Verzuge wegen Abwesenheit der Vertreter des Kranken sich eine ausdrückliche Willensentschliessung der hierfür zuständigen Personen nicht erzielen lässt, oder die Willensäusserungen des Kranken oder seiner Angehörigen unklar, unsicher, schwankend lauten, wertvolle praktische Folgerungen zu Gunsten des guten Glaubens und der berechtigten Voraussetzungen des behandelnden Arztes im Sinne eines ihm aktuell zur Seite stehenden Konsenses der Beteiligten ergeben.

Nachdem das Reichsgericht das Recht des Patienten anerkannt hat, den Auftrag zur Behandlung zurückzuziehen und die Anwendung jedes *einzelnen* Heilmittels zu verweigern, schliesst es:

Folgeweise handelt derjenige Arzt, welcher vorsätzlich für Heilzwecke Körperverletzungen verübt, ohne sein Recht hierfür aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder der präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrag hierfür legitimierter Personen herleiten zu können, überhaupt unberechtigt, d. i. rechtswidrig, und unterliegt der solche Delikte verbietenden Norm des § 223 des St. G. B.'s.

Das Reichsgericht nimmt an, wenn sich eine Willensäusserung des Patienten oder seines Vertreters oder doch eine klare und bestimmte Willensäusserung nicht erzielen lasse, wenn also der Patient oder sein Vertreter zu der ärztlichen Körperverletzung nicht eingewilligt haben, so ergeben sich aus den früher angeführten Thatsachen doch wertvolle Folgerungen *für einen Konsens der Beteiligten. Ich begreife das nicht.*

Hat der Patient oder sein Vertreter zu der Behandlung nicht eingewilligt, so ist jede Folgerung, er habe zu der Behandlung doch eingewilligt, unmöglich. Bleibt es aber dabei, dass die ärztliche Behandlung ausnahmsweise nicht an eine Einwilligung der Beteiligten gebunden ist, so muss die Behauptung, die ärztlichen Eingriffe seien Körperverletzungen, die *nur* durch die Einwilligung des Patienten rechtmässig werden, falsch sein.

Besser gelingt es *Binding* [1]), sich mit der Einwilligung des Patienten abzufinden. *Binding* anerkennt, dass die zum Teil tiefen Eingriffe in den Organismus des Kranken, deren der Arzt benötige, sich nicht durchweg aus Einwilligung des Kranken rechtfertigen. Sie sollen nur nicht *gegen den Willen* des zurechnungsfähigen, zur Würdigung der Tragweite des Eingriffes genügend verständigen Kranken geschehen. *Binding* erachtet demnach den Arzt, aber nur den *approbierten* Arzt, zu diesen Eingriffen berechtigt, weil er sie zur Ausübung der Heilkunst benötige. *Binding* übersieht aber, dass nicht der Arzt diese Eingriffe „benötigt", sondern der Kranke. Daher darf von einer Einwilligung des Kranken dann, aber nur dann abgesehen werden, wenn das Wohl des Kranken es gebietet.

Die Bedeutung der Einwilligung des Patienten zu der Behandlung hat *Oppenheim* [2]) im ganzen richtig gewürdigt; allein

---

[1]) Dr. *Carl Binding,* Handbuch des Strafrechts. Erster Band. Leipzig 1885. S. 802.

[2]) *Oppenheim,* Das ärztliche Recht. S. 21 ff.

er leitet seine Ansicht nicht aus Rechtsgrundsätzen ab, sondern er stützt sich lediglich auf „die Beobachtung der Lebenserscheinungen". So richtig nun auch die Beobachtung der Lebenserscheinungen für die rechtliche Beurteilung derselben ist, so ist doch die Meinung, Recht sei das, was als Recht geübt werde, unhaltbar. Wie *Oppenheim* zu dieser Auffassung gelangte, wird später auseinanderzusetzen sein. Der erste Grundsatz, den die Beobachtung der Lebenserscheinungen lehre, sei die Regel:

„Niemand braucht sich, wenn er volljährig und geistesgesund ist, Eingriffen zwecks Heilung gegen seinen Willen zu unterziehen."

Das ist richtig; es ergiebt sich aber aus der persönlichen Freiheit eines jeden und nicht aus der Beobachtung der Lebenserscheinungen. Die Unsicherheit des Oppenheim'schen Standpunktes zeigt sich in seiner Beurteilung der Behandlung, die wider den Willen des Patienten vorgenommen wird: „Gegen den Willen eines Patienten vorgenommene ärztliche Eingriffe an ihm stellen sich, wenn nicht als Körperverletzung, so doch als strafbare Nötigung dar." Will *Oppenheim* damit sagen (was zweifelhaft ist), wer einen Patienten wider seinen Willen behandelt, sei nicht wegen Körperverletzung, sondern wegen Nötigung strafbar, so ist ihm darin beizustimmen, dass der Arznende deshalb, weil er einen Patienten gegen dessen Willen behandelt, nicht wegen Körperverletzung bestraft werden darf; dagegen liegt (nach deutschem Recht) nicht ohne weiteres Nötigung vor, wenn ein Eingriff gegen den Willen des Patienten ausgeführt wurde.

Aus der Übung der Ärzte, die mit der Rechtsüberzeugung des Volkes übereinstimme, leitet *Oppenheim* den Satz ab: „Jede Operation, so gross oder so geringfügig sie sein mag, erfordert die specielle Einwilligung des zu Operierenden als Bedingung." Doch hat Oppenheim richtig beobachtet, dass es Fälle giebt, in denen eine ärztliche Behandlung keiner Zustimmung des Patienten bedarf; diese Fälle lassen sich kurz als Notfälle bezeichnen. Allein auch hier begnügt sich Oppenheim mit der Beobachtung der Lebenserscheinungen, ohne nach dem Grunde zu forschen, der diese Erscheinungen erklärt.

Wenn ich es wage, diese Erörterung mit einem Gesetzesvorschlag abzuschliessen, so geschieht es mit allem Vorbehalt. Es ist nicht möglich, einen Gesetzesvorschlag gleichsam naturrechtlich zu gestalten, vielmehr müssen die Verhältnisse des Lebens auf Grund der Erfahrung berücksichtigt werden. Diese Erfahrung fehlt mir hinsichtlich der Beziehungen zwischen dem Arzt und dem Patienten.

Es sollte versucht werden, festzustellen, in welchen Fällen bei ärztlicher Behandlung von einer Einwilligung des Patienten oder eines berufenen Vertreters Umgang genommen werden kann. Es ist übrigens auch ungewiss, wer zur Vertretung eines Patienten berufen sei. Man wird dieses Recht der Übung gemäss den nächsten Angehörigen des Patienten zugestehen, selbst wenn sie im übrigen zu einer Vertretung nicht berechtigt sind. Es wäre Aufgabe des Medizinal-Verwaltungsrechts, die Beziehungen zwischen dem Arzt und dem Patienten auch hinsichtlich der Einwilligung zur Behandlung zu regeln. Der Entwurf, den ich vorlege, ist daher nichts mehr als eine unmassgebliche Andeutung, ein schüchterner erster Versuch zur Lösung einer Gesetzgebungsfrage, die bisher entweder übersehen oder unrichtig gelöst wurde. Mit diesen Vorbehalten schlage ich folgende Fassung vor:

Eigenmächtige ärztliche Behandlung.

Wer an einer Person eine ärztliche Behandlung ohne ihre Einwilligung oder ohne Einwilligung der Person, die sie zu vertreten berufen war, vornimmt, wird, sofern diese Behandlung nicht zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit der Behandelten dringend geboten war, bestraft.....

VII.

Wer darf ärztlich behandeln?

Die Frage: *Wer darf ärztlich behandeln?* ist eine Frage des *Verwaltungsrechtes,* insbesondere des Polizeirechtes, und zwar handelt es sich nicht nur um die Aufgabe, die der Staat hinsichtlich der öffentlichen Gesundheitspflege zu erfüllen hat, sondern auch um die Gewerbefreiheit.

Im allgemeinen wird der Gesetzgeber sich für die Freiheit der Ausübung ärztlicher Handlungen zu entscheiden haben, wenn nicht die Rücksicht auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit eine Einschränkung dieser Freiheit erfordert. Während einige Staaten die ärztliche Behandlung freigeben, so das Deutsche Reich und Amerika, ist nach dem öffentlichen Rechte anderer Staaten, so namentlich Österreichs, nur der staatlich anerkannte Arzt befugt, ärztliche Handlungen vorzunehmen. Eine dritte Gruppe von Staaten, zu denen die Mehrzahl der schweizerischen Kantone gehören, giebt dem staatlich anerkannten Arzt die ausschliessliche Befugnis, ärztliche Behandlungen *gewerbsmässig* auszuüben.

Ist die ärztliche Praxis *freigegeben*, so sind der ärztlichen Behandlung keine polizeilichen Schranken gezogen. Jedermann ist berechtigt, ärztlich zu behandeln; niemand verletzt dadurch, dass er eine ärztliche Handlung vornimmt, eine gesundheitspolizeiliche oder gewerbepolizeiliche Anordnung.

Wenn jedermann aus Gründen des öffentlichen Rechts zu ärztlichen Handlungen berechtigt ist, entbindet ihn dieses Recht selbstverständlich nicht der Pflicht, sich der Zustimmung des Patienten zu der Behandlung zu versichern und alle Aufmerksamkeit auf die Behandlung zu verwenden, die nach den Umständen geboten ist. Die *polizeiliche* Befugnis, ärztliche Handlungen überhaupt auszuüben, darf nicht mit der Befugnis verwechselt werden, eine Behandlung *im einzelnen Fall* einzuleiten und durchzuführen. Wenn ganz allgemein von dem *„ärztlichen Berufsrecht“* gesprochen wird, so wird leicht übersehen, dass unter diesem Ausdruck Verschiedenes verstanden werden kann und verstanden wird.

Ist *nur* der *staatlich anerkannte Arzt* zu ärztlichen Handlungen polizeilich ermächtigt, so handelt jeder polizeiwidrig, der jemanden ärztlich behandelt, obwohl er vom Staate nicht als Arzt anerkannt ist.

Lässt der Staat nur die *staatlich anerkannten Ärzte zur Ausübung des ärztlichen Gewerbes* zu, so übertritt derjenige, der eine ärztliche Behandlung *gewerbsmässig* vornimmt, gewerbepolizeiliche Anordnungen. Dagegen wird es jedermann freistehen, ärztliche Handlungen *nicht gewerbsmässig* vorzunehmen.

Der Staat, der die Ausübung ärztlicher Handlungen keiner polizeilichen Beschränkung unterwirft, kann selbstverständlich

die Vornahme ärztlicher Handlungen durch einen Unbefugten nicht strafbar erklären, denn es giebt niemanden, der zu ärztlichen Handlungen *nicht* befugt wäre. Wenn dagegen ein Staat nur den staatlich anerkannten Ärzten ärztliche Behandlungen gestattet, so folgt daraus nicht ohne weiteres, dass jeder strafbar ist, der, ohne Arzt zu sein, ärztlich behandelt. Wie das Beispiel Österreichs zeigt, kann sich der Staat auch bei dieser Regelung darauf beschränken, die *gewerbsmässige* Ausübung ärztlicher Handlungen förmlich unter Strafe zu stellen; es wäre auch denkbar, dass ein Staat eine Strafsanktion überhaupt nicht für notwendig erachten würde.

Erstreckt sich die ausschliessliche Befugnis zu ärztlichen Handlungen nur auf *den Betrieb des ärztlichen Gewerbes,* so kann nur strafbar sein, wer ohne Befugnis *gewerbsmässig* behandelt; ob er wirklich strafpflichtig sei, hängt davon ab, ob der Staat das gewerbliche Privileg der Ärzte durch Strafandrohungen schützt. Die Kantone der Schweiz bestrafen die unbefugte Ausübung des ärztlichen Gewerbes regelmässig nicht. Dagegen sind in den schweizerischen Strafgesetzentwurf, namentlich auch mit Rücksicht auf den ärztlichen Beruf, folgende Bestimmungen aufgenommen worden:

Art. 244. .... Wer einen Beruf oder ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine staatliche Ermächtigung erforderlich ist, unbefugt ausübt, wird mit Haft oder mit Busse bis zu 5000 Franken bestraft.

Demgemäss kann die unbefugte Ausübung ärztlicher Handlungen nur als eine *Übertretung gesundheitspolizeilicher* oder *gewerbepolizeilicher Anordnungen* strafbar sein, aber niemals als ein Vergehen *gegen die persönliche Freiheit* oder gar als *Körperverletzung* oder *Misshandlung*. Es ist ja möglich, dass die ärztliche Behandlung, die jemand ohne polizeiliche Erlaubnis einleitet, mit voller Zustimmung des Patienten und zu seinem Heile ausgeführt wird. Wird aber die Behandlung polizeiwidrig und ohne Einwilligung des Patienten oder nicht kunstgerecht ausgeführt, so finden die Bestimmungen über unbefugtes Arznen und über eigenmächtige und über fahrlässige Behandlung Anwendung, sofern solche Bestimmungen bestehen. Die Handlung ist dann *unter verschiedenen Gesichtspunkten* strafbar.

Eine kurze und keineswegs erschöpfende Darstellung des Gesetzeszustandes von *Österreich* und *Deutschland* wird Ge-

legenheit geben, auf einzelne Fragen noch etwas näher einzutreten.

Die *österreichische* Sanitäts- und Contumaz-Ordnung vom 2. Jänner 1770 enthält eine „Instruction, wonach die in den Erbländern prakticirenden Medici sich zu achten haben“ [1]). Nach derselben müssen alle Medici, die ihre Kunst in den Erbländern üben wollen, auf inländischen Universitäten den Doktorgrad erworben haben. Ausser den Medici, die sich mit der innern Medizin befassten, gab es bis 1873 Wundärzte, Chirurgi, die unter der Aufsicht der Medici standen. Wie den Wundärzten das innerliche Heilen verboten war, so sollten sich die Medici aller äusserlichen chirurgischen Kuren enthalten [2]). Auch das Hofkanzleidekret vom 3. November 1808 bestimmt in § 1: „Nur in den k. k. Erbstaaten promovirte Aerzte sind befugt, in denselben ihre Kunst auszuüben [3]). Der Arzt ist verpflichtet, Charlatane, Quacksalber und *unbefugte* Aerzte, Wundärzte und Hebammen anzuzeigen“ [4]). Ein Hofkanzleidekret vom 26. Oktober 1845 verbot den Nichtärzten und den Patronen und Magistern der Chirurgie „die selbstständige Ausübung magnetischer Curen“ [5]). Das Hofkanzleidekret vom 10. Oktober 1847 liess die Anwendung der Ätherdämpfe aller Art mittelst Einatmens nur unter persönlicher Aufsicht und Leitung des Arztes zu und untersagte alles keinen Heilzweck bezielende, nur auf Befriedigung der Neugierde abgesehene Experimentieren an Menschen mit Ätherdämpfen auch den Ärzten [6]). Ein Ministerialerlass vom 6. Dezember 1850 dehnte dieses Verbot auf die Behandlung mit Chloroform aus [7]).

Dass wirklich alle Nichtärzte von ärztlichen Handlungen ausgeschlossen werden sollten, bestätigt ein Ministerialerlass vom 27. April 1856, der den barmherzigen Schwestern im Lemberger Verwaltungsgebiet den Aderlass untersagte, „nachdem die Vornahme von chirurgischen Operationen, zu welchen auch

---

[1]) Abgedruckt bei Dr. *Mahl-Schedl,* Gesetze und Verordnungen in Sanitätssachen samt den einschlägigen Staatsverträgen und Erkenntnissen der obersten Gerichtshöfe. Wien, Manz, 1898. S. 41—45.

[2]) § VIII der Instruktion.

[3]) *Mahl-Schedl,* S. 45.

[4]) *Mahl-Schedl,* S. 46.

[5]) *Mahl-Schedl,* S. 226.

[6]) *Mahl-Schedl,* S. 228.

[7]) *Mahl-Schedl,* S. 229.

der Aderlass wegen seiner Wichtigkeit und Gefährlichkeit gehört, durch allgemeine und für Jedermann bindende a. h. sanctionirte Gesetze nur den sachgemäss und vorschriftsmässig gebildeten Ärzten vorbehalten ist" [1]). Ein Ministerialerlass vom 27. Mai 1887 betont nachdrücklich, dass nicht nur die gewerbsmässige Kurpfuscherei, sondern auch die unberechtigte Ausübung der Heilkunde „seit den ältesten Zeiten durch wiederholte behördliche Verfügungen strenge verboten wurde und noch verboten ist" [2]). Die homöopathische Behandlung wird ausdrücklich in das Verbot eingeschlossen [2]).

Dagegen wurden wiederholt einzelne Naturärzte (Beineinrichter), die mit Erfolg praktizierten, durch Privileg zur Praxis zugelassen.

Der § 343 des österreichischen Strafgesetzbuches bedroht die „*unbefugte Ausübung der Arznei- und Wundarzneikunst* ***als Gewerbe***" mit Strafe.

§ 343. Wer, ohne einen ärztlichen Unterricht erhalten zu haben, und ohne gesetzliche Berechtigung zur Behandlung von Kranken als Heil- oder Wundarzt, diese gewerbsmässig ausübt, oder insbesondere sich mit der Anwendung von animalischem oder Lebens-Magnetismus, oder von Äther-Dämpfen (Narkotisierungen) befasst, macht sich dadurch einer Übertretung schuldig und soll mit Arrest nach der Länge der Zeit, in welcher er dieses unerlaubte Geschäft getrieben, und nach der Grösse des Schadens, den er dadurch zugefügt hat, mit strengem Arreste von einem bis zu sechs Monaten; im Falle des aus seinem Verschulden erfolgten Todes eines Menschen aber wegen Vergehens nach § 335 bestraft werden.

Wie sich schon aus der Überschrift des Paragraphen ergiebt, wird in der Regel nur die *gewerbsmässige* Ausübung des ärztlichen Gewerbes bestraft, einzig das Magnetisieren und Narkotisieren ist schlechthin strafbar.

Sehr bedenklich ist die Auslegung des § 343, die der österreichische Kassationshof einer Entscheidung vom 15. Mai 1891 [3]) zu Grunde gelegt hat.

---

[1]) *Mahl-Schedl,* S. 230.

[2]) *Mahl-Schedl,* S. 278.

[3]) Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts- als Kassationshofes. Sammlung begründet von Dr. *R. Nowak* (fortgesetzt von *Coumont* und *Schreiber*). 12. Band. Wien, Manz, 1893. S. 217—219, Nr. 1444, Z. 430.

Der Knecht Matthias L. erlitt einen Beinbruch. Der Arzt, der beigezogen wurde, legte einen Notverband an. Er erklärte die Amputation des Beines als notwendig und ordnete die Überführung des Patienten in das Spital an. Der Patient verweigerte seine Zustimmung dazu. „Deshalb wurde auf Andrängen der Hausleute um den in der Gegend als Einrichter von Beinbrüchen bekannten Johann G. gesendet, welcher denn auch, der vom Ortspfarrer und anderen Personen an ihn gerichteten Aufforderung nach einigem Sträuben Folge leistend, Hand anlegte, den Notverband abnahm, den kranken Fuss mit Essig wusch und nach Auflegung eines Pflasters mittelst zweier, durch Bindfaden zusammengehaltener Brettchen eine Art Verband für denselben herstellte. Erst nach zwei Tagen, während welchen Johann G. seinen Patienten noch einmal besuchte, wurde Matthias L. in das Spital gebracht. Es zeigte sich hiebei, dass der Verband die gebrochene Extremität zu fixieren und die Verwundung von Infektion freizuhalten durchaus ungeeignet war. Auch waren bereits Anzeichen des Wundstarrkrampfes vorhanden, welchen (?) Matthias L. schliesslich erlag."

Die Sachverständigen erklärten den Tod des Patienten als Folge der fehlerhaften Behandlung [1]).

Johann G. hat für seine Behandlung nichts beansprucht und auch nichts erhalten. Er sagte aus, er pflege für Behandlungen nur das zu nehmen, was er bekomme.

Das Gericht erkannte den Johann G. der fahrlässigen Lebensgefährdung, aus der der Tod eines Menschen erfolgte (§ 335 des österreichischen Strafgesetzes), schuldig. Das Gesetz sieht für dieses Vergehen strengen Arrest von sechs Monaten bis zu einem Jahre vor. Der Kassationshof verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verurteilten.

Aus den Erwägungsgründen hebe ich folgende Stellen von *grundsätzlicher Bedeutung* hervor:

Der Begriff der Ausübung der Heilkunde als Gewerbe hat sicherlich nicht zur Voraussetzung, dass der sie Ausübende in jedem einzelnen Falle der Ausübung thatsächlich eine Entlohnung erhalte; es

---

[1]) Die Ärzte, welche die Sektion ausführten, fanden dagegen, der tödliche Ausgang wäre auch bei zweckmässigster Behandlung nicht ausgeschlossen gewesen. Doch wurde dieses Gutachten in der Hauptverhandlung nicht verlesen.

genügt, wenn feststeht, dass er die Behandlung von Kranken gegen Entlohnung auszuüben pflegt.

Dieser Auffassung schliesse ich mich nicht an. Wenn jemand auch noch so oft Kranke unbefugt gewerbsmässig behandelt hat, so wird dadurch die Behandlung, die derselbe unentgeltlich, also nicht gewerbsmässig [1]) ausübt, nicht gewerbsmässig. Wenn festgestellt wäre, dass ein Kurpfuscher regelmässig Geld für seine Behandlung annimmt, so könnte daraus allerdings ein Indicium dafür abgeleitet werden, dass er auch für eine Behandlung, die er unentgeltlich besorgt haben will, eine Belohnung empfangen habe. Da jedoch kein Zweifel darüber besteht, dass Johann G. den Matthias L. unentgeltlich behandelte, so ist es nicht von Bedeutung, wenn sich der Angeklagte für andere Behandlungen, die ausser Frage stehen, belohnen liess.

Bedenklich ist auch die Rechtsanschauung des Kassationshofes:

Culpos handelt jeder Kurpfuscher, weil er die Arzneikunde ausübt, ohne jene Voraussetzungen erfüllt zu haben, an welche das Gesetz die Ausübung der Heilkunde knüpft. Hat er sich über dieses Verbot hinweggesetzt, dann haftet er für die durch seine Einwirkung verursachten oder mitverursachten Folgen. Es bedarf demnach nicht der Feststellung, dass und ob der Angeklagte einzusehen vermochte, dass seine Handlung Verderben bringe oder schädlich werden könnte.

Der Kassationshof nahm also an, demjenigen, der unbefugt die Heilkunde ausübe, seien alle Schädigungen, die er durch seine Behandlung verursache, zur Fahrlässigkeit zuzurechnen.

---

[1]) Der Kassationshof hat den Begriff der Gewerbsmässigkeit in zwei von *Mahl-Schedl,* a. a. O., S. 230, citierten Entscheidungen zutreffend bestimmt:

1. Entscheidung vom 3. Februar 1853, Z. 1177, Österreichische Gerichtszeitung, Nr. 53, S. 26, Peitler Sammlung, II. Band, Nr. 746: «Der unbefugte Betrieb der Wundarzneikunst wird dann zum *Gewerbe,* wenn die Heilung der Kranken gegen *Entgelt* übernommen, sohin aus deren Behandlung ein *Erwerbszweig* gemacht wird.»

2. Entscheidung vom 21. Juni 1854, Z. 6550, Österreichische Gerichtszeitung, Nr. 91, S. 375, Peitler Sammlung, II. Band, Nr. 745: «Unter *gewerbsmässiger* Ausübung der Arzneikunst kann nur ein *fortgesetztes,* sich wiederholendes Ausüben der Kunst oder Fertigkeit gegen *Entgelt* verstanden werden.»

Noch schärfer wird dies in der Inhaltsangabe ausgedrückt, die der Entscheidung vorgedruckt ist:

„Zur Anwendung des § 335 St. G. bedarf es in dem im Schlusssatze des § 343 St. G. erwähnten Falle nicht des Nachweises einer über die unbefugte Ausübung der Arznei- oder Wundarzneikunst hinausreichenden Fahrlässigkeit. Wer sich ohne ärztlichen Unterricht und gesetzliche Berechtigung in die Behandlung von Kranken einlässt, haftet für den Erfolg."

Es wäre denkbar, dass ein Strafgesetz eine solche Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit begründen würde; es giebt Gesetze, so das französische, welche die in Übertretung gesetzlicher Vorschriften verursachten Schädigungen dem Thäter zur Fahrlässigkeit zurechnen. Allein das österreichische Gesetz schliesst sich dieser Auffassung mit Recht nicht an. Die Fahrlässigkeit, die § 335 voraussetzt, liegt nur vor, wenn der Thäter einzusehen vermag, dass die Handlung eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen oder zu vergrössern geeignet sei. Wenn § 343 bestimmt, derjenige, der unbefugt arznet, solle „im Falle des *aus seinem Verschulden* erfolgten Todes eines Menschen" wegen Vergehens nach § 335 bestraft werden, so wird die Anwendung des § 335 ausdrücklich auf den Fall beschränkt, dass der unbefugt Arznende den Tod des Patienten schuldhaft herbeigeführt habe, mit andern Worten, wer unbefugt gewerbsmässig behandelt und durch seine Behandlung fahrlässig den Tod des Patienten verursacht, ist wegen fahrlässiger Lebensgefährdung, die den Tod zur Folge hatte, zu bestrafen. Da das österreichische Strafgesetz den Thatbestand der fahrlässigen Tötung nicht kennt, so bestimmt das Gesetz nichts anderes, als was schon ohne diese Bestimmung einzutreten hätte. Der Schlusssatz des § 343 ist also eine Verweisung, die den Zweck hat, den Richter darauf aufmerksam zu machen, dass, im Falle unbefugtes Arznen mit fahrlässiger Lebensgefährdung konkurriert, § 335 und nicht § 343 anzuwenden sei, weil es fraglich sein kann, ob die Bestimmungen über Zusammentreffen [1]) sich auch auf die Idealkonkurrenz beziehen.

---

[1]) § 267. Hat der Untersuchte mehrere Vergehen oder mehrere Übertretungen begangen, welche Gegenstand der nämlichen Untersuchung und Aburteilung sind, oder treffen in solcher Weise Vergehen und Übertretungen

Wenn feststeht, dass, abgesehen von magnetischen Kuren und Narkosen, nur die gewerbsmässig geübte unbefugte Behandlung gerichtlich zu bestrafen ist, so ist dagegen nicht sicher, ob die unbefugte Behandlung, die nicht gewerbsmässig vorgenommen wird, administrativ strafbar sei. Während das Ministerium des Innern am 17. November 1869 den Grundsatz aufstellte: „Die Curpfuscherei ist von den *Gerichten* zu ahnden", bemerkte es in einem Erlass vom 27. Mai 1887, „dass nicht bloss die gewerbsmässige Curpfuscherei, welche der Bestrafung nach § 343 des Strafgesetzes unterliegt, sondern auch die unberechtigte Ausübung der Heilkunde .... unter Anwendung der Ministerialverordnung vom 30. September 1857, R. G. B., Nr. 198, hintanzuhalten ist" [1]).

Das *Deutsche Reich* hat die Ausübung der Heilkunde freigegeben; nur die Hebammen „bedürfen eines Prüfungszeugnisses der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde" [2]). Das Reichsgericht stellt den Gesetzeszustand, der durch die deutsche Gewerbeordnung begründet wurde, scharf fest [3]). „Innerhalb des heute geltenden öffentlichen Rechtes Deutschlands ist der Betrieb der Heilkunde ein freies Gewerbe, das jedermann ohne Rücksicht auf Kenntnisse, Vorbildung, Erfahrung, Geschick, Verleihung etc. offen steht. Den „Beruf" hierfür besitzt jeder, der sich selbst solchen Beruf zuschreibt." Die „Approbation", fügt das Reichsgericht bei, gewährt wohl eine Befugnis, den *Titel* „Arzt" u. dgl. zu führen, und eine gewisse Qualifikation, amtliche Funktionen anvertraut zu erhalten; bezüglich der Berufs*rechte* und Berufs*pflichten* unterscheidet sich im übrigen der approbierte Arzt in nichts von dem nicht approbierten Arzte. Es giebt also nach deutschem Recht kein unbefugtes Arznen, und es ist auch eine Bestrafung wegen unbefugten Arznens, vorbehaltlich der Ausübung des Hebammenberufes, ausge-

---

zusammen, so ist dasjenige Gesetz, welches unter diesen strafbaren Handlungen die höchste Strafe bestimmt, jedoch mit Bedacht auf die übrigen in Anwendung zu bringen.

[1]) *Mahl-Schedl,* S. 230 unten, 231 und S. 277, 278.

[2]) Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869, bezw. vom 1. Juli 1883, §§ 29 und 30.

[3]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig, Veit & Cie., 1894. 25. Band. Seite 379 unten.

schlossen [1]). Gleichwohl wird von einigen dem *approbierten* Arzt das Recht zugesprochen, den Patienten am Körper zu verletzen und zu misshandeln.

VIII.

Die Grenzen des ärztlichen Handelns und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes.

Wenn ärztliche Handlungen, die durch den Zustand des Patienten geboten und diesem Zustand angemessen sind, keine Körperverletzungen sind, sondern ärztliche Behandlung, so ist die ärztliche Behandlung eine erlaubte Thätigkeit, *die unter den nämlichen Grundsätzen steht, wie die Thätigkeit des Menschen überhaupt.* Zwar wird die Ausübung der Heilkunde von den meisten Staaten nur dem geprüften und staatlich anerkannten Arzte gestattet, und die Behandlung ist regelmässig an die Einwilligung des Patienten gebunden. Doch wird durch diese Schranken, die das Verwaltungsrecht und das Privatrecht der ärztlichen Behandlung zieht, die Entscheidung darüber, was ein Arznender *thun dürfe* und was er *zu lassen habe*, nicht berührt. Die polizeilichen und privatrechtlichen Beschränkungen, denen das ärztliche Handeln unterliegt, sind übrigens nicht Besonderheiten, die nur für die *ärztliche* Thätigkeit gelten; sie finden vielmehr auf weiteren Gebieten Anwendung. Die Ausübung einer grösseren Zahl von Thätigkeiten wird nur dem Kundigen oder dem Vertrauenswürdigen staatlich erlaubt, wenn zu besorgen ist, dass der Unkundige oder der minder Vertrauenswürdige durch solche Thätigkeit Unheil anrichten und das gemeine Wohl schädigen könnte.

Dass niemand ohne seine Einwilligung an seinem Körper angetastet werden darf, folgt ganz *allgemein* aus der persön-

---

[1]) Dagegen wurde nach *preussischem* Strafrecht (§ 199) mit Geldbusse von fünf bis zu fünfzig Thalern oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft, wer, ohne vorschriftsmässig approbiert zu sein, gegen Belohnung, oder einem besonderen, an ihn erlassenen polizeilichen Verbote zuwider, die Heilung einer äusseren oder inneren Krankheit oder eine geburtshilfliche Handlung unternimmt.

lichen Freiheit der Person. Niemand darf an den Körper eines Menschen ohne dessen Zustimmung Hand anlegen, zu welchem Zwecke es auch sei, wenn ihn das Gesetz nicht dazu ermächtigt. Also erfordert *jede* Behandlung des menschlichen Körpers, nicht nur die *ärztliche*, die Zustimmung der Person, die dieser Behandlung unterworfen werden soll.

Wenn *die Grenzen des ärztlichen Handelns* bestimmt werden sollen, so fragt es sich nicht, welche *Körperverletzungen* ein Arznender verüben dürfe, und es handelt sich nicht darum, einen *im Rechte* anerkannten *Grund* ausfindig zu machen, aus dem sich *die Befugnis* zu ärztlichem Handeln ergeben würde. Die ärztliche Behandlung rechtfertigt sich vielmehr *aus sich selbst.*

Die ärztliche Behandlung unterliegt, abgesehen von den Einschränkungen, die das Verwaltungsrecht und das Privatrecht aufstellen, nur der Beschränkung, die für *jede* menschliche Thätigkeit gilt. Ein jeder ist verpflichtet, sein Handeln so einzurichten, dass dadurch *kein Gut* und kein Interesse, *das unter staatlichem Schutze steht, geschädigt oder verletzt werde.*

Da durch eine ärztliche Behandlung in der Regel nur der Behandelte geschädigt werden kann, und die ärztliche Behandlung ihrem Wesen nach nur in Handlungen besteht, die dem Behandelten *zum Heil dienen* und ihn *nicht schädigen,* so erleidet die ärztliche Behandlung dadurch keine Beschränkung, die nicht schon aus ihrem Zweck und ihrem Wesen folgen würde. Das Verbot, *„nil nocere“*, das die Therapie als ihren obersten Grundsatz anerkennt, stellt sich auf Grund dieser Betrachtung als ein *allgemeines* Rechtsverbot heraus, das jeder zu beobachten hat, der handelt. Da in der Regel jede ärztliche Handlung, die dem Zustand des Patienten nicht angemessen ist, und die nicht zu seinem Wohl dient, den Patienten *schädigt,* so ergiebt sich aus dem Rechtsverbot, den Patienten *nicht zu schädigen,* das Rechts*gebot, nur ärztliche Handlungen vorzunehmen, die dem Patienten zum Wohl und zum Heil dienen.* Also sind alle ärztlichen Handlungen erlaubt, die dem Zustand des Patienten angemessen sind; erlaubt ist also die ärztliche Behandlung, die im strengen Sinn des Wortes *ärztliche Behandlung* ist. Demgemäss werden die Grenzen des ärztlichen Handelns einzig

durch das Wohl des Patienten bestimmt. Das Wohl des Patienten ist die *Norm des ärztlichen Handelns*[1]).

Diese Norm ist in der Natur des Rechts und in dem Wesen der ärztlichen Behandlung so tief begründet, dass sie überall hervorleuchtet. Ein Strahl dieses Lichtes ist auch in die Theorie der Gegner eingedrungen. Nur die Kriminalisten, die annehmen, *jede Körperverletzung*, auch die *ärztliche* „Körperverletzung", werde durch die *Einwilligung des „Verletzten"* rechtmässig, beurteilen die Rechtmässigkeit ärztlicher Handlungen *ausschliesslich* danach, ob der Patient zu der Körperverletzung oder Misshandlung *eingewilligt* habe, und fragen nicht, ob die ärztliche Handlung *sachlich* begründet war. Dieser Ansicht kann wenigstens Folgerichtigkeit nicht abgesprochen werden.

Die meisten Schriftsteller, die den ärztlichen Beruf oder die Einwilligung des Verletzten oder den ärztlichen Zweck als den Rechtsgrund erklären, der einen Arznenden zu ärztlichen Körperverletzungen berechtige, geben zu, dass ein solcher Rechtsgrund nicht *jede* ärztliche „Körperverletzung" zu rechtfertigen vermag. Sie anerkennen nur diejenigen ärztlichen Handlungen als *rechtmässige Körperverletzungen*, die „zum ordnungsmässigen Betriebe" der Heilkunde gehören[2]); oder die

dem Arzte von der Wissenschaft als Mittel für seinen Zweck zur Verfügung gestellt werden[3]); oder die

nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft und „den Anschauungen der massgebenden ärztlichen Kreise" im gegebenen Falle geboten sind[4]); oder die

---

[1]) Ähnlich denkt *Paul Brouardel*, Revue des Deux-Mondes, Band 144, 1897, S. 553:

«Le médecin doit toujours songer que le malade lui a confié sa santé, sa vie et l'avenir des siens; il faut que cette responsabilité et cette confiance le touchent, le préoccupent. Je plains le malade qui a pour médecin un indifférent, qui ne se pose pas constamment cette question: «Ai-je fait tout ce que l'on pouvait faire? ai-je négligé quelque indication?»

[2]) *Merkel*, Lehrbuch, S. 158, bei *f*.

[3]) *Binding*, Handbuch, S. 802, bei 2: «Der approbierte Arzt übt mit staatlicher Genehmigung die Heilkunst, und alle Mittel, die ihm die Wissenschaft zur Erreichung seines Zwecks zur Verfügung stellt, sind — soweit nicht ausdrückliche gesetzliche Verbote entgegenstehen — ihm anzuwenden erlaubt.»

[4]) *von Liszt*, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 150, bei III.

„von den besonnenen Ärzten zum Wohl der Leidenden von jeher ohne Widerspruch im Namen ihrer Wissenschaft“ vorgenommen worden sind [1]).

Ordnungsmässig, wissenschaftlich begründet und durch die Erfahrung gebilligt kann jedoch nur die Behandlung sein, die dem Zustand des Patienten angemessen ist. Die Wissenschaft und die praktische Erfahrung sind also zwar unentbehrliche Hülfsmittel, um zu erkennen, was dem Zustand des Patienten angemessen sei; der zureichende Grund ärztlichen Handelns ist aber überall nicht eine wissenschaftliche Lehre oder eine Erfahrungsthatsache, sondern das Wohl des Patienten. In der Regel wird allerdings eine Behandlung, die von der Wissenschaft gebilligt wird und die sich erfahrungsgemäss bewährt hat, dem Zustand des Patienten angemessen sein. Da jedoch die Wissenschaft *allgemeine* Grundsätze aufstellt und die Erfahrung sich auf die Beobachtung *ähnlicher* Fälle stützt, dem Arzt aber die Aufgabe gestellt ist, den Patienten an der individuell gestalteten Krankheit zu behandeln, an der er leidet, so kann die Entscheidung darüber, welche Behandlung *dem Patienten* angemessen sei, nur auf Grund einer genauen Untersuchung und Erkenntnis des *Zustandes des Patienten* getroffen werden [2]). Für die ärztliche Behandlung gilt somit das Prinzip der *Individualisierung*.

Der Arzt, der seine Behandlung nach dem Wohl des Patienten bestimmt, wird sich auch da zu helfen wissen, wo Wissenschaft und Praxis ihn im Stiche lassen. Leidet sein Patient an einer Krankheit, die kein Lehrbuch beschreibt und die noch kein Arzt beobachtet hat, so wird er vermöge seiner *allgemeinen* wissenschaftlichen Erkenntnis und praktischen Erfahrung zu bestimmen versuchen, was dem Zustand des Patienten angemessen sei.

Das Wohl des Patienten steht sogar über der Wissenschaft und der Erfahrung. Findet der Arzt eine Behandlung, die dem

---

[1]) *Oppenheim,* Das ärztliche Recht, S. 42.

[2]) Aus diesem Grunde beklagt es *Brouardel,* S. 551, dass es gegenwärtig kaum mehr *Hausärzte* gebe, die eine Familie durch Generationen behandeln und Freud und Leid mit ihr teilen. Ein solcher ärztlicher Hausfreund kennt jedes Familienglied aus langer und fortgesetzter Beobachtung und vermag daher seinen Zustand ungleich besser zu beurteilen als ein Arzt, der den Patienten nicht kennt und kein persönliches Interesse an seinem Wohle nimmt.

Zustand des Patienten *angemessener* ist, als die Behandlung, die in einem solchen Falle bisher von der Wissenschaft gebilligt und von der Praxis angewendet wurde, so gebietet ihm das Wohl des Patienten diese Behandlung, und nichts kann ihn davon abhalten, als das Rechtsverbot „nil nocere“, „neminem læde“. Daher durfte *Billroth* zum erstenmal die Magenresektion ausführen, ohne sich einem Vorwurfe auszusetzen; denn dieser kühne Eingriff war dem Zustand des Patienten angemessen, und *Billroth* durfte als Meister operativer Technik überzeugt sein, dass er den Patienten nicht schädigen werde, zumal der Patient ohne die Operation verloren war.

Dagegen überschritt der preussische Arzt die Grenzen des ärztlichen Handelns, der einen Kniescheibenbruch durch einen Pistolenschuss behandelte. Es war kaum mehr als ein glücklicher Zufall, dass die Kur gelang.

Die Entscheidung darüber, was dem Zustand des Patienten angemessen sei, ist die wichtigste und folgenschwerste Handlung des Arztes; denn davon hängt es ab, ob die ärztliche Behandlung dem Patienten zum Heil dienen oder ob sie ihn schädigen wird.

Da es Pflicht eines jeden ist, sein Handeln so einzurichten, dass niemand dadurch geschädigt werde, und alle den Umständen nach gebotene Aufmerksamkeit anzuwenden, um zu vermeiden, dass er durch sein Handeln jemanden schädige, so ist es die erste Rechtspflicht des Arztes, mit grösster Gewissenhaftigkeit zu untersuchen, *was dem Zustand des Patienten angemessen sei.* Über die *Behandlung* einer Krankheit kann jedoch ein Entschluss erst gefasst werden, wenn der Behandelnde den *Zustand des Patienten kennt.* Die Erkenntnis des Zustandes kann nur durch eine gewissenhafte und sachverständige *Untersuchung des Patienten* gewonnen werden. Daher ist es eine *Rechtspflicht* des Arztes, den Patienten gewissenhaft zu *untersuchen* und eine Behandlung *nur* auf Grund des sichern Ergebnisses der Untersuchung einzuleiten. Der Arzt, der aus grober Unkenntnis, aus Leichtsinn oder aus Unaufmerksamkeit eine falsche Diagnose stellt, der demgemäss die Indikation zur Behandlung falsch beurteilt und eine verkehrte Behandlung einleitet, handelt *fahrlässig.* Die Schädigungen, die er dem Patienten durch diese Behandlung zufügt, sind *fahrlässig* verursacht, wenn der Arzt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen

können und sollen, dass aus seinem Verhalten eine solche Schädigung entstehen könne. Das wird gegenwärtig weder von den Juristen noch von den Ärzten genügend beachtet.

Die Ärzte werden namentlich für *Kunstfehler* verantwortlich erklärt, was vorzugsweise auf einen Mangel an *Können* hindeutet. Folgenschwerer und bedeutsamer als Kunstfehler sind aber die *Erkenntnisfehler* der Ärzte, also die Fehler in der *Diagnose*. Der Satz:

Wer aus Fahrlässigkeit eine falsche Diagnose stellt und demgemäss den Patienten falsch, wenn auch äusserlich kunstgerecht behandelt, handelt fahrlässig,

bestimmt nichts, was sich nicht schon aus allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen ergeben würde; aber diese Folgerung wurde bisher nicht scharf gezogen. Der gewissenhafte Arzt hat keinen Grund, sich wegen dieser Verantwortlichkeit zu ängstigen; es handelt sich nicht darum, ihn für unverschuldete Irrtümer in der Diagnose, die leider nicht selten sind, verantwortlich zu machen. Wer aber leichtsinnig und unbedacht eine falsche Diagnose stellt und die Verantwortlichkeit für das Unheil, das dadurch entsteht, achselzuckend ablehnt, soll wissen, dass er den Patienten *schuldhaft geschädigt* hat.

Es ist allerdings schwer zu bestimmen, in welchen Fällen der Arzt eine Diagnose *aus Fahrlässigkeit* falsch gestellt hat. Augenscheinlich liegt aber grobe Fahrlässigkeit vor, wenn der Arzt eine Diagnose stellt und eine Behandlung einleitet, obwohl er den Patienten *gar nicht gesehen* hat oder, was dasselbe ist, ihn *nicht untersucht* hat, oder ihn so oberflächlich untersucht hat, dass der Zustand des Patienten dadurch unmöglich festgestellt werden konnte [1]). Es giebt Ärzte, die sich etwas darauf einbilden, dass sie es dem Patienten gleichsam auf den ersten Blick ansehen, woran er leidet. Das ist sträflicher Hochmut [2]). Ist ein Arzt nicht im stande, eine Diagnose zu

---

[1]) Gewiss wird der Arzt, namentlich der Landarzt, häufig in der Lage sein, auf blossen Bericht von Angehörigen des Patienten hin ärztlichen Rat zu erteilen und allgemeine Verhaltungsmassregeln für den Kranken zu geben. Es kann sich aber in solchen Fällen stets nur um vorläufige Anordnungen handeln.

[2]) *Paul Brouardel* macht die feine psychologische Bemerkung, die Ärzte, die von ihren Patienten fortwährend als Heilbringer und Retter gefeiert werden, glauben schliesslich an ihre Unfehlbarkeit. «.... il finit par croire

stellen, oder erscheint ihm die Diagnose zweifelhaft, so gebietet die pflichtgemässe Vorsicht dem Arzte, wenn möglich einen Arzt beizuziehen, der voraussichtlich im stande sein wird, die Krankheit zu erkennen. Kann sich der Arzt dazu nicht verstehen, so soll er die weitere Behandlung des Patienten ablehnen. Was man nicht ausführen kann, soll man unterlassen, namentlich wenn das Unternehmen für andere Gefahr bringen kann.

Der Sachverständige, der gewissenhaft eine Diagnose gestellt hat, von deren Richtigkeit er wissenschaftlich und auf Grund der Erfahrung überzeugt sein darf, darf die Behandlung einleiten, die dem Zustand des Behandelten angemessen erscheint. Hat er sich geirrt, so trifft ihn kein Vorwurf. Doch ist es seine Pflicht, auch während der Behandlung sich Rechenschaft darüber zu geben, ob der Zustand des Patienten die Diagnose bestätigt und welche Veränderungen in dem Zustand des Patienten eintreten. Öfters lässt sich der Zustand des Patienten erst erkennen, wenn die Krankheitserscheinungen bestimmtere Gestalt annehmen; der Arzt nimmt zunächst nur einzelne Symptome wahr, die verschiedenen Krankheiten gemeinsam sind. In diesem Fall wird er die Behandlung vorläufig nach dem Zustand bestimmen, den er zu erkennen vermag, sich im übrigen abwartend verhalten und sein Bemühen darauf richten, zu einer endgültigen und ausschliessenden Diagnose zu gelangen. Voreilige Schlüsse und voreilige Diagnose bekunden den Mangel an Vorsicht und Umsicht, der die Fahrlässigkeit charakterisiert.

Sehr schwierig gestaltet sich die Stellung des Arztes, wenn die Behandlung des Patienten Zweifeln begegnet, sei es, weil der Erfolg der Behandlung erfahrungsgemäss wenig aussichtsvoll ist, oder weil die Behandlung den Patienten in Lebensgefahr bringt, oder weil die Behandlung schlimme Nebenwirkungen zur Folge haben kann. Auch in diesen Fällen ist das Wohl des Patienten für die Behandlung entscheidend. Ob die Behandlung durch das Wohl des Patienten geboten sei, ist *nach den persönlichen Verhältnissen* des Patienten zu bestimmen.

---

qu'il en est ainsi, et il faut faire de singuliers retours sur soi-même, sur l'incertitude de la science médicale, sur les erreurs que l'on a commises, pour retrouver dans sa conscience les sentiments d'une modestie soumise à de si flatteuses épreuves.» Revue des Deux-Mondes, Band 144, 1897, S. 554.

Da das Wohl des Menschen wie sein Glück schliesslich auf der Empfindung des Einzelnen beruht, so kommt dem Patienten in kritischen Fällen naturgemäss allein die Entscheidung zu, die ihm der Arzt nicht ersparen darf.

Steht eine Behandlung in Frage, die nur selten gelingt, so wird diese Behandlung in der Regel dann zum Wohl des Patienten geboten sein, wenn der Patient *nur* durch *diese* Behandlung am Leben erhalten werden kann. Will aber der Patient lieber sterben, als sich der Behandlung unterziehen, so ist das sein Recht. Eine Pflicht, zu leben, giebt es nicht.

Wenn jedoch das Leiden des Patienten keine Lebensgefahr für ihn begründet, die Behandlung aber mit Lebensgefahr verbunden ist, so wird die Entscheidung darüber, ob die Behandlung im Interesse des Patienten liege, von dem Gewinn abhängen, den die Behandlung für das Wohl des Patienten in Aussicht stellt, und davon, ob das Gelingen der Behandlung in höherem oder geringerem Grad wahrscheinlich sei.

Kann ein geringes Gebrechen, an dem jemand leidet, nur durch eine lebensgefährliche Behandlung von zweifelhaftem Erfolg gehoben werden, so verbietet das Wohl des Patienten die Behandlung, selbst dann, wenn er diese Behandlung aus nichtigen Beweggründen, z. B. aus Eitelkeit, wünscht. Ob ein Gebrechen gering sei, ist jedoch überall nach den persönlichen Verhältnissen des Patienten zu beurteilen. Für einen Sänger ist andauernde Heiserkeit ein wichtiges Leiden, von dem sein Schicksal abhängt; der Kaufmann, der Techniker, der Landwirt wird durch eine belegte Stimme an der Erfüllung seiner Lebensaufgabe nicht gehindert.

Eine gefährliche Behandlung, deren Erfolg unsicher ist, darf nicht gewählt werden, wenn eine weniger gefährliche und sicherere Behandlung möglich ist, sollte diese auch für den Patienten schmerzvoller und unbequemer sein und längere Zeit erfordern. Das werden die Chirurgen kaum anerkennen, namentlich wenn der Patient die rasche, entscheidende operative Behandlung wünscht.

Die Behandlung ist sodann so *durchzuführen*, wie es durch den Zustand des Patienten geboten ist.

Wenn es auch unmöglich ist, für die Behandlung allgemeine Grundsätze aufzustellen, so sind doch einige Regeln in der Natur der Sache begründet. Bei *operativer* Behandlung ist

jede *Verunreinigung* der Wunde bestmöglich auszuschliessen. *Von Nussbaum* empfahl dem Gesetzgeber, dem Arzte die *antiseptische Behandlung* vorzuschreiben. Mit Recht fand es *Hans von Wyss*[1]) bedenklich, einen therapeutischen Grundsatz zu einem Rechtssatz zu gestalten[2]). Es ist dies nicht nötig, denn das Verbot, einen Menschen zu schädigen, verpflichtet den Chirurgen, jede Verunreinigung der Wunde bestmöglich auszuschliessen. Wie dies zu geschehen habe, hat nicht das Gesetz zu bestimmen.

Da die *Narkose* für einzelne Menschen tödlich ist und in jedem Fall Gefahren darbietet, so ist sie mit grösster Vorsicht durchzuführen. Wird ein Patient in Narkose versetzt, ohne dass sich der Arzt Gewissheit darüber verschafft hat, ob das Herz des Patienten eine Narkose zulasse, so hat der Arzt den Tod des Patienten fahrlässig verschuldet, wenn es sich herausstellt, dass der Patient nicht narkotisiert werden durfte und der Arzt dies bei gehöriger Aufmerksamkeit vor der Operation hätte feststellen können und sollen.

Wer mit der operativen Technik nicht so genau vertraut ist, dass er im stande ist, einen operativen Eingriff selbständig auszuführen, darf nicht operieren, wenn er auch zur Praxis zugelassen ist; denn er muss wissen, dass er den Patienten durch seine Unkenntnis leicht schädigen kann.

---

[1]) Dr. *Hans von Wyss* in Zürich, Die chirurgische Antisepsis und die gerichtliche Medizin. Habilitationsvorlesung. Korrespondenzblatt f. schweiz. Ärzte, XI (1881), Separatabdruck S. 7.

[2]) Doch ist die Annahme *von Wyss'*, therapeutische Grundsätze seien niemals Gegenstand der Gesetzgebung gewesen, nicht richtig. Von den *ägyptischen Ärzten*, die auf Feldzügen und Reisen jedermann ohne Honorar behandelten und ihre Verpflegung vom Staate erhielten, berichtet *Diodor* I, 82: «*Ihre Curen vollziehen sie aber nach einem geschriebenen Gesetz, das von vielen berühmten alten Aerzten zusammengestellt ist.* Wenn sie die Bestimmungen, die aus dem heiligen Buch vorgelesen werden, befolgt haben und trotzdem den Kranken zu retten ausser Stande waren, dann bleiben sie unbehelligt und ledig jeder Anklage. Haben sie aber gegen die Vorschriften gehandelt, dann haben sie eine Verurtheilung zum Tode zu gewärtigen, indem der Gesetzgeber der Meinung war, dass wohl nur wenige klüger sein dürften als die Heilmethode, die seit langer Zeit bewährt und von den ersten Meistern zusammengestellt ist.» Das *französische Parlament* verbot zu Anfang des 18. Jahrhunderts einzelne Behandlungen, so die Transfusion; in einer Entscheidung verwarf es Brechmittel, diese Entscheidung musste aber aufgehoben werden, weil Ludwig XIV. mit Vorliebe Brechmittel gebrauchte. *Brouardel*, a. a. O., S. 545.

Dagegen lässt sich keine Regel darüber aufstellen, welche *Instrumente* der Chirurg zu operativer Behandlung nötig hat. Der Arzt ist unter Umständen gezwungen, sich mit den primitivsten Werkzeugen zu begnügen, die vielleicht gar nicht chirurgische Instrumente sind. Sehr lehrreich ist der Fall des Pariser Arztes Laporte, der den Schädel eines Fötus mit einer Matratzennadel durchlöcherte und sich zuerst sogar eines Hammers zu der Operation bedienen wollte. Während die Sachverständigen erster Instanz darin eine grobe Fahrlässigkeit fanden, billigten hervorragende Gynäkologen das Verhalten des Dr. Laporte. Übrigens war nicht nachgewiesen, dass der innere Riss, der den Tod der Frau verursachte, durch den Eingriff des Arztes verursacht worden war. Wenn die Gesetzgebung die fahrlässige *Gefährdung* von Leib und Leben bedroht wie das *österreichische* Strafgesetz und nicht nur die fahrlässige *Tötung* und *Körperverletzung* wie das *deutsche* Strafgesetzbuch, so begründet ein fahrlässiges Verhalten auch dann Strafbarkeit des Arztes, wenn es den Patienten nicht schädigte, ihn aber hätte schädigen können und der Arzt dies den Umständen nach einsehen konnte.

Bei einzelnen Operationen sind besondere Vorsichtsmassregeln geboten.

Es ist beobachtet worden, dass Patienten nach Operation des Kropfes (Struma) blödsinnig geworden sind. Es muss angenommen werden, dass die Operierten blödsinnig geworden sind, weil ihnen die Schilddrüse *vollständig* weggenommen wurde. Daher ist es Pflicht des Operateurs, der vermeiden will, dass der Patient blödsinnig werde, dem Patienten einen Teil der Schilddrüse zu erhalten.

Wird ein Patient, der an Kropf operiert wurde, blödsinnig, weil der Operateur die Schilddrüse vollständig beseitigte, so hat er den Patienten fahrlässig in Geisteskrankheit versetzt, wenn er sich jener Pflicht nicht bewusst war oder sie übersah, denn ein Chirurg muss diese Pflicht heute kennen und erfüllen.

Hat der Chirurg die Schilddrüse vollständig exstirpiert, obwohl er sich der Gefahr bewusst war, die damit für den Patienten verbunden war, so hat er die geistige Gesundheit des Patienten wissentlich und vorsätzlich, wenn auch keineswegs absichtlich, gefährdet. Es wäre denkbar, dass ein Operateur sich frivol über die wissenschaftlich festgestellte Thatsache,

dass die Exstirpation der Schilddrüse den Operierten blödsinnig machen kann, wegsetzen und es darauf ankommen lassen wollte, ob der Patient blödsinnig werde; dieses Verschulden ist nicht blosse Fahrlässigkeit.

Der interne Mediziner hat namentlich die Pflicht, sich Rechenschaft darüber zu geben, welche Wirkung die *Arznei*, die er verordnet, auf den Patienten haben wird. Diese Wirkung kann nur vorausgesehen werden, wenn der Arzt den Zustand des Patienten und seine körperliche und geistige Individualität genauer kennt. Die Wirkung von Arzneien gestaltet sich nach der Individualität des Patienten sehr verschieden. Der Arzt, der dies aus Mangel an Vorsicht nicht genügend beachtet und den Patienten durch Arzneien schädigt, die seinem Zustand nicht angemessen sind, hat ihn fahrlässig geschädigt.

Was der Arzt dem Patienten verordnet hat, lässt sich auf Grund der Vorschriften des Arztes in der Regel leicht feststellen.

Eine Schädigung des Patienten kann auch dadurch herbeigeführt werden, dass der Arzt die Vorschrift unrichtig schreibt; doch unterliegt die Vorschrift des Arztes einer gewissen Kontrolle durch den Apotheker.

Es ist weder meine Absicht noch meine Aufgabe, die Fehler, die in der ärztlichen Behandlung fahrlässig begangen werden können, erschöpfend darzustellen; denn ihre Zahl ist Legion. Zur Beurteilung der Fahrlässigkeit, deren sich ein Arzt schuldig macht, reichen die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze vollkommen aus.

Mit dieser Auffassung steht die *Strafgesetzgebung* der meisten Staaten im Einklang. Nach *deutschem* Reichsstrafrecht wird der Arzt, der den Patienten fahrlässig tötet oder am Körper verletzt, wegen fahrlässiger Tötung oder wegen fahrlässiger Körperverletzung bestraft. Das deutsche Strafgesetz lässt jedoch eine höhere Strafe wegen fahrlässiger Tötung (§ 222) und wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230) zu, wenn „der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet“ war.

Die fahrlässige Tötung und die fahrlässige Körperverletzung, die in Ausübung des ärztlichen Berufes durch Unaufmerksamkeit in der ärztlichen Behandlung begangen wird, unterliegt daher nach Ermessen des Richters einem höheren

Strafsatze. Da die ärztliche Praxis im deutschen Reich freigegeben ist, so findet diese Bestimmung nicht nur auf den approbierten Arzt, sondern auf jeden Anwendung, der eine solche Fahrlässigkeit in Ausübung des ärztlichen Berufes begeht [1]). Eine merkwürdige Vorstellung macht sich der Dekan der Pariser medizinischen Fakultät, *Paul Brouardel* [2]), von dem Gesetzeszustand in Deutschland. Er meint, Kunstfehler der Ärzte werden von einem aus Gelehrten und Ärzten zusammengesetzten Gericht beurteilt. Der Thäter, der zur Praxis nicht zugelassen sei, werde milder bestraft als der geprüfte Arzt. In jedem Verwaltungsbezirk gebe es einen Kreisphysikus. Wenn dieser einen Kunstfehler begehe, so könne er in der medizinischen Hierarchie um einen Grad heruntergesetzt werden.

Wie das deutsche, so wendet auch das *französische* Strafrecht die Bestimmungen über fahrlässige Tötung [3]) und fahr-

---

[1]) Über die Praxis vgl. *Olshausen,* Kommentar zu § 222.

Bei Beratung des deutschen St. G. B.'s stellten die *Ärzte* das «naive» Amendement:

«Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes verpflichtet war, so kann, *ausgenommen bei approbirten Medicinalpersonen,* die Strafe erhöht werden.» Dr. *Löwe* meinte, die berufsmässige Ausübung der ärztlichen Behandlung schläfere ein und sei daher als ein *Milderungsgrund* zu berücksichtigen. Stenographische Berichte von 1870, S. 661—663, citiert von *Berner,* Lehrbuch, 17. Auflage, 1895, S. 529, A. 1.

[2]) *Paul Brouardel.* La responsabilité médicale. Revue des Deux-Mondes. Paris. Band 144, 1. Dezember 1897. S. 546. «Les fautes des médecins sont actuellement soumises à un tribunal de savans et de médecins. Les lois allemandes sont très strictes, et chose bizarre, si l'on n'a pas le droit d'exercer la médecine, on est moins sévèrement puni que si on est docteur. De plus, dans chaque conscription administrative, il y a en Allemagne un *Kreis-physicus;* si l'un de ces médecins commet une faute, on peut le faire descendre d'un échelon dans la hiérarchie médicale. Ainsi le docteur Kuehner cite l'exemple d'un chirurgien qui, pour consolider une fracture de la rotule, tira un coup de pistolet sur le genou de son malade; il fut poursuivi et descendu d'un grade, quoique son malade se fût trouvé bien de cette singulière médication.» Der Fall, auf den sich *Brouardel* beruft, wird von Caspers Vierteljahrschrift des Jahres 1852, I. Bd., S. 4, berichtet. Es handelt sich also nicht um eine Aktualität.

[3]) Code pénal, *art. 319.* Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs.

lässige Körperverletzung[1]) auf ein fahrlässiges Verhalten des Arztes an, der den Patienten dadurch tötet oder am Körper verletzt. Die Strafkammer des Kassationshofes hatte sich nur einmal mit der Anwendung des art. 319 auf Fehler in der ärztlichen Behandlung zu befassen[2]). Eine Hebamme war auf Grund des art. 319 verurteilt worden, weil sie zu einer schweren Geburt, bei der Mutter und Kind starben, keinen Arzt beigezogen hatte. Gegen die Anwendung des art. 319 wurde insbesondere eingewendet, es sei nicht möglich, die Ungeschicklichkeit des Chirurgen und der Hebamme bei Operationen genau (avec précision) festzustellen. Der Kassationshof entschied[3]): „Que dans l'état des faits la condamnation de la réclamante aux peines prononcées est une juste application de l'art. 319.“

In der Strafsache Thouret-Morvy, die der Kassationshof am 18. Juni 1835 beurteilte[4]), stellte der Generalprokurator *Dupin* die Grundsätze fest, die er für die Beurteilung der Fahrlässigkeit von Ärzten als massgebend erachtete. Diese Ausführungen[5]) dürfen geradezu als die Grundlage der französischen Rechtsprechung seit sechzig Jahren angesehen werden:

„Où est la limite de cette responsabilité? où trouvons-nous la ligne de démarcation? Il est impossible de la fixer d'une manière générale. C'est au juge à la saisir et à la déterminer dans chaque espèce, selon les faits et les circonstances qui peuvent varier à l'infini, en ne perdant jamais de vue le principe fondamental que nous avons posé et qui doit toujours lui servir de guide: qu'il faut, pour qu'un homme soit responsable d'un acte de sa profession, qu'il y ait eu faute dans son action, soit qui lui eût été possible, avec plus de vigilance sur lui-même ou sur ses actes, de s'en garantir, ou que le fait qui lui est reproché soit tel que l'ignorance, sur ce point, ne lui était pas permise dans sa profession. C'est aux tribunaux à

---

[1]) Code pénal, *art. 320.* S'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des blessures ou coups, le coupable sera puni de six jours à deux mois d'emprisonnement et d'une amende de seize francs à cents francs ou de l'une de ces peines seulement.

[2]) *Chauveau, Adolphe,* et *Faustin, Hélie,* Théorie du Code Pénal. 6. Aufl. Herausgegeben von Edmond Villey. 4. Band. Paris 1887. S. 128 ff.

[3]) Entscheidung des Kassationshofes vom 18. September 1817.

[4]) *Chauveau* et *Faustin,* a. a. O. S. 125.

[5]) *Paul Brouardel,* a. a. O. S. 557, 558.

faire cette appréciation avec discernement, avec modération, en laissant à la science toute la latitude dont elle a besoin, mais en accordant aussi à la justice et au droit commun tout ce qui leur appartient.“

„Les docteurs ont invoqué l'autorité de Montesquieu, fondée sur ce passage de l'*Esprit des lois:* Les lois romaines voulaient que les médecins pussent être punis pour leur négligence ou leur impéritie. Dans ces cas, elles condamnaient à la déportation le médecin d'une condition un peu relevée et à la mort celui qui était d'une condition plus basse. Par nos lois, il en est autrement; les lois de Rome n'avaient pas été faites dans les mêmes circonstances que les nôtres: à Rome s'ingérait de la médecine qui voulait; mais, parmi nous, les médecins sont obligés de faire des études et de prendre certains grades; ils sont donc censés connaître leur art.“

„Mais la présomption peut être détruite par les faits. Tout est dans la preuve, telle est la jurisprudence française.“

Auf diese Grundsätze haben sich die französischen Gerichte noch neuestens in der Strafsache des Dr. Laporte berufen, die bei den Ärzten in Frankreich ungeheures Aufsehen erregte.

Seit 1845 wurde von den ärztlichen Kreisen Frankreichs mehrmals eine Änderung dieses Gesetzeszustandes vorgeschlagen. Im Jahr 1847 wurde ein Gesetzesentwurf von dem Abgeordnetenhaus angenommen, der jedoch nicht an das Herrenhaus gelangte, da im Februar 1848 die Revolution ausbrach. Später regte Dr. Surmay aus Ham die Gründung einer Ärztekammer (ordre des médecins) an, die der Advokatenkammer (ordre des avocats) nachgebildet werden sollte. Dr. Dignat und das Syndikat der Ärzte der Seine legten einen Entwurf vor, der auf folgenden Grundsätzen beruhte: Die Ärzte eines jeden Departements bilden ein Kollegium; sie wählen ein Gericht, das aus 9 Ärzten besteht. Dieses Gericht urteilt über Standesfragen und namentlich auch über Irrungen von Ärzten in der Dosis und der Diagnose (les Questions d'erreur de doses ou de diagnostic). Als Strafen sind vorgesehen: Warnung, Tadel, Ausschluss aus dem Ärztekollegium des Departements[1]). Staat und Gemeinden sollen

[1]) *Brouardel* berichtet a. a. O., S. 562: Im Jahr 1894 seien die Ärzte aufgefordert worden, ihre Diplome der Polizeibehörde zur Kontrolle vorzuweisen. Ein Arzt liess sich wiederholt mahnen, endlich erschien er und

sich verpflichten, dem ausgeschlossenen Arzt kein Amt zu übertragen. Das verurteilende Erkenntnis wird an dem Orte, wo der Arzt praktizierte, öffentlich angeschlagen. Als zweite Instanz entscheiden die Appellhöfe.

Brouardel, dem ich diese Angaben entnehme [1]), spricht sich *gegen* alle diese Vorschläge und *für* den gegenwärtigen Gesetzeszustand aus.

Auch in *Italien* werden die Ärzte nach dem gemeinen Recht beurteilt.

Ebenso scheint es sich in *England* zu verhalten. *Brouardel* [2]) teilt die Rechtsbelehrung eines Lord Oberrichters an die Geschwornen mit. Der englische Assisenpräsident erklärte: „Jedermann, der einen gelehrten Beruf ausübt, jedermann, der eine Aufgabe zufolge Gesetzes oder aus eigenem Antriebe übernimmt, hat für das gewöhnliche Mass von Geschicklichkeit, das eine solche Thätigkeit voraussetzt, einzustehen [3]); handelt er nicht mit solcher Geschicklichkeit, so handelt er fahrlässig. Die Umstände, die Fahrlässigkeit begründen, können nicht in einer Gesetzesformel abschliessend festgestellt werden. Es handelt sich um die Beurteilung von Thatsachen, die in jedem Falle wieder anders sind. . . . .“

Eigenartig ist der Gesetzeszustand in *Österreich*. Das österreichische Strafgesetzbuch unterscheidet zwischen schuldhafter Unwissenheit des Arztes und der Vernachlässigung des Kranken.

Verschulden eines Heilarztes durch Unwissenheit.

§ 356. Ein Heilarzt, der bei Behandlung eines Kranken solche Fehler begangen hat, aus welchen Unwissenheit am Tage liegt, macht sich, in sofern daraus eine schwere körperliche Beschädigung entstanden ist, einer Übertretung, und wenn der Tod des Kranken erfolgte, eines Vergehens schuldig, und es ist ihm deshalb die Ausübung der Heilkunde so lange zu untersagen, bis er in einer neuen Prüfung die Nachholung der mangelnden Kenntnisse dargethan hat.

---

erklärte: Hier ist mein Diplom. Ich bin Arzt. Verraten Sie mich aber meinen Patienten nicht; denn diese lassen sich nur deshalb von mir behandeln, weil sie glauben, ich sei zur Praxis nicht berechtigt.

[1]) *Paul Brouardel,* a. a. O., S. 559 ff.

[2]) *Brouardel,* S. 545.

[3]) «. . . est tenu d'apporter dans l'accomplissement de ce devoir ou de cette tâche l'habileté normale d'un homme compétent;»

Verschulden eines Wundarztes durch Unwissenheit.

§ 357. Dieselbe Bestrafung soll auch gegen einen Wundarzt Anwendung finden, der die, im vorhergehenden Paragraphe erwähnten Folgen durch ungeschickte Operationen eines Kranken herbeigeführt hat.

Da in Österreich nicht mehr zwischen Heilärzten und Wundärzten unterschieden wird, so finden diese Bestimmungen auf alle Ärzte Anwendung. Demgemäss wird einem Arzt, der einen Kranken aus Unwissenheit durch eine innere Behandlung schädigt, oder der ihn ungeschickt operiert, die Ausübung der gesamten Heilkunde untersagt [1]). Ungeschickt ist nach Auffassung des Kassationshofes die Operation, „die entweder gar nicht hätte vorgenommen werden sollen oder die nicht den Regeln der Kunst entsprechend vollzogen wurde“ [1]). Diese Auslegung geht weiter als der gewöhnliche Sprachgebrauch; doch sind gerade Fehler in der Diagnose eher auf schuldhafte Unwissenheit des Arztes zurückzuführen, die das Gesetz nach der Überschrift der Bestimmung bestrafen will, als Fehler in der operativen Technik, Ungeschicklichkeiten im gewöhnlichen Sinn.

Demgemäss finden die Bestimmungen über fahrlässige Gefährdung von Leib und Leben auf den Arzt, der einen Patienten infolge seiner Unwissenheit übel behandelt, auch dann nicht Anwendung, wenn der Behandelte infolge dieser Behandlung stirbt oder eine schwere Körperbeschädigung erleidet. Das ergiebt sich namentlich auch aus den Bestimmungen über die Vernachlässigung eines Kranken durch den Arzt, die ausdrücklich auf die Vorschrift des § 335 verweisen.

Es steht daher fest, dass ein Arzt auf Grund der §§ 356 und 357 nicht mit Freiheitsstrafe bestraft werden kann, sondern dass ihm die Ausübung der Heilkunde so lange zu untersagen sei, „bis er in einer neuen Prüfung die Nachholung der mangelnden Kenntnisse dargethan hat“. Wann der Straffällige zu einer neuen Prüfung zugelassen wird, bestimmt das Gesetz nicht. Da das Gesetz jedoch annimmt, es haben dem Arzte *zur Zeit der That* die nötigen Kenntnisse *gemangelt,* und da

[1]) Entscheidung des Kassationshofes vom 4. November 1887. Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts als Kassationshofes. Herausgegeben von Nowak. Wien 1889. Band 10. Nr. 1108, S. 151 ff.

durch die Prüfung die *Nachholung* der mangelnden Kenntnisse dargethan werden soll, so würde es dem Sinn und der Absicht des Gesetzes widersprechen, wenn der Fehlbare *sofort* nach dem Urteil zu einer neuen Prüfung zugelassen würde.

Mit diesen Bestimmungen bezweckte der Gesetzgeber offenbar, das Publikum vor der Unwissenheit von Ärzten zu schützen; es kam ihm mehr darauf an, durch den Ausschluss unwissender Ärzte von der Praxis einer weitern Schädigung von Patienten durch solche Ärzte vorzubeugen, als an dem fehlbaren Arzt vergeltende Gerechtigkeit zu üben.

So bedenklich diese Regelung wäre, wenn sie auf alle Fahrlässigkeiten von Ärzten Anwendung fände, so verständig erscheint sie für die Behandlung der rein aus Unwissenheit, allerdings schuldhafter Unwissenheit, begangenen Fehler in der ärztlichen Behandlung. Denn diese Fehler wurzeln in der Regel weniger in einem schlechten Charakter als in einem Mangel an Verstandeskräften. Wenn freilich der Arzt sich frivol an Behandlungen wagt, denen er nicht gewachsen ist, so verdient diese ὕβρις strenge Ahndung.

Gegen die Regelung ist einzuwenden, dass der Arzt damit mit den Strafen verschont wird, die andere in ähnlichen Fällen treffen, so z. B. den Baumeister, dem nicht nur die Führung eines Baues untersagt wird, sondern der auch nach § 335 bestraft wird.

Es wird damit also eine ungleichmässige Behandlung der Ärzte gegenüber andern Berufspersonen begründet, und zwar zu gunsten der Ärzte. Es ist nicht gerecht, dass der Arzt, der durch grobe Unwissenheit den Tod eines Patienten verschuldet hat, nicht an der Freiheit bestraft wird. Doch ist allerdings die Untersagung des ärztlichen Berufes eine besonders harte Strafe, da ein Arzt sich nicht leicht in einem andern Berufe bethätigen kann und er damit also, wenn auch nur auf Zeit, nahezu erwerbsunfähig wird.

Diese Bestimmung wird durch folgende Vorschrift ergänzt:

Vernachlässigung eines Kranken von seiten der Ärzte oder Wundärzte.

§ 358. Wenn ein Heil- oder Wundarzt einen Kranken übernommen hat, und nach der Hand denselben zum wirklichen Nachteile seiner Gesundheit wesentlich vernachlässiget zu haben überführt werden kann, so ist ihm für diese Übertretung eine Geldstrafe von fünfzig bis zweihundert

Gulden aufzuerlegen. Ist daraus eine schwere Verletzung oder gar der Tod des Kranken erfolgt, so ist die Vorschrift des § 335 in Anwendung zu bringen.

Die Vernachlässigung wird namentlich in der Unterlassung der Handlungen bestehen, die, wie der Arzt weiss, zum Wohl des Patienten geboten sind. In diesem Fall liegt unzweifelhaft ein sittliches Verschulden vor, das in der Regel strenger behandelt zu werden verdient als Erkenntnisfehler. Der Arzt nimmt sich nicht die Mühe, den Kranken ordentlich zu untersuchen; er versäumt einen Eingriff, der den Umständen nach unabweislich geboten war; er vernachlässigt die Wunde, reinigt sie nicht, erneuert den Verband nicht oder lässt den Patienten gar im Stich.

Die Vernachlässigung des Kranken berechtigt das Gericht nicht, dem Arzte die Ausübung der Heilkunde zu untersagen; nur wenn eine schwere Verletzung oder der Tod des Kranken durch die Vernachlässigung herbeigeführt wird, finden die Bestimmungen über fahrlässige Gefährdung von Leib und Leben (§ 335) Anwendung, sonst aber erleidet der nachlässige Arzt nur eine Geldstrafe. Auch diese Bestimmung ist also ausnahmsweise günstig für den fehlbaren Arzt.

In sehr beachtenswerter Weise bestraft das österreichische Strafrecht auch die Vernachlässigung des Kranken von seiten seiner Angehörigen [1]). Die Sorge für ärztliche Behandlung des Kranken ist eine Rechtspflicht der Angehörigen.

---

[1]) § 360. Wenn dargethan wird, dass diejenigen, denen aus natürlicher oder übernommener Pflicht die Pflege eines Kranken obliegt, es demselben an dem notwendigen medizinischen Beistande, wo solcher zu verschaffen war, gänzlich haben mangeln lassen, sind sie einer Übertretung schuldig und nach Beschaffenheit der Umstände mit Arrest von einem bis zu sechs Monaten zu bestrafen.

IX.

Ärztliche Behandlungen, durch die ein Dritter verletzt wird.

Der ärztlichen Behandlung wird durch das Verbot *„nil nocere“* eine Grenze gesetzt. Die ärztliche Behandlung darf nicht zu Mitteln greifen, die den Patienten oder einen Dritten schädigen. Und doch halten es die Ärzte für erlaubt, einen Embryo zu vernichten, wenn es das Wohl der Mutter erfordert, und sie tragen kein Bedenken, einem Menschen, allerdings mit seiner Einwilligung, Blut zu entziehen, um es einem Patienten zuzuführen, oder einem Menschen Teilchen seiner Haut wegzuschneiden, um sie einem Patienten ich möchte sagen einzuverleiben. Wenn ich es für erwiesen erachte, dass die ärztliche Behandlung regelmässig keine Körperverletzung oder Misshandlung ist, so kann doch nicht daran gezweifelt werden, dass der Gynäkologe, der einen Embryo vernichtet, eine *Tötungshandlung* vollzieht, und dass der Chirurg, der eine Transfusion oder eine Transplantation ausführt, die Person, der er Blut entzieht oder Hautstückchen wegschneidet, *am Körper verletzt.* Da die Tötung einer menschlichen Frucht und die Körperverletzung allgemein mit Strafe bedroht sind, so fragt es sich, ob und unter welchen Voraussetzungen die Tötungen und die Körperverletzungen, die in diesen Fällen zur *ärztlichen Behandlung* eines Patienten ausgeführt werden, der Strafpflicht entzogen sind, und auf welchem Rechtsgrunde diese Ausnahmen beruhen.

Besteht für diese einen Dritten schädigenden ärztlichen Eingriffe keine *Ausnahme* von der Strafpflicht, so können sie nur mit Strafe bedrohte Tötungen und Körperverletzungen sein. Der ärztliche Zweck der Handlung würde den Vorsatz, zu töten oder am Körper zu verletzen, nicht ausschliessen. Es muss daher die strafrechtliche Natur dieser verletzenden ärztlichen Eingriffe näher untersucht werden.

Die Vernichtung des Embryo als ärztliche Behandlung.

Es handelt sich hier nur darum, festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen das Recht die Vernichtung des Embryo

zur ärztlichen Behandlung der Mutter, also weil ihr Zustand es erfordert, erlaubt und für diese Tötungshandlung eine Ausnahme von der staatlichen Strafpflicht begründet.

Der Vorschlag, die Vernichtung des Embryo auch aus *sociologischen* Gründen zuzulassen [1]), bleibt hier schon deshalb ausser Frage, weil es keinem Zweifel unterliegt, dass das Recht in dieser Hinsicht eine Ausnahme von der Strafpflicht nicht anerkennt.

Es soll zunächst versucht werden, die Indikationen zu operativen Eingriffen, durch die ein Embryo vernichtet wird, nach dem gegenwärtigen Stand der Gynäkologie [2]) anzugeben.

Geburtshülfliche Operationen, durch die ein Embryo vernichtet wird, sind:

1. *Die künstliche Einleitung des Abortus.*

Durch die künstliche Unterbrechung der Schwangerschaft wird ein Abortus eingeleitet und der Fötus vernichtet, wenn

---

[1]) Vgl. *Oda Olberg,* Das Recht auf den Tod, in «Die Zukunft», herausgegeben von Maximilian Harden, Berlin 1897, S. 493. Oda Olberg bringt den Vorschlag in Zusammenhang mit vorbeugenden Massnahmen gegen das Verbrechen (S. 502): «Wer aber zu der Überzeugung gekommen ist, dass man, um Menschen menschlich «Recht zu sprechen», sich zum einzelnen Fall herabbeugen muss, wie der Arzt zu dem Kranken, um ihn in seiner anthropologischen und sociologischen Bedingtheit zu begreifen, Dem wird das Bewusstsein dieser Bedingtheit einen anderen moralischen Massstab geben als den von den Vätern ererbten. Mit diesem neuen Massstab gemessen, wird es vielleicht als sittlich erscheinen, Die nicht ins Leben hineinzustossen, die mit Notwendigkeit «schuldig werden» müssen, und es wird nicht als vermessenes Eingreifen in «ewige, eherne, grosse Gesetze» angesehen werden, wenn willkürlich einer Entwickelung ein Ziel gesetzt wird, um eine Krankheit im Keim zu ersticken, die auch die Natur zum Verschwinden verdammt hatte, die sie aber, um menschliche Qual unbekümmert, durch Geschlechter hätte fortschleppen lassen, ihres endlichen Erlöschens sicher.» Die *sociologische* Indikation zu künstlicher Einleitung des Abortus entzieht sich jedoch einer auch nur annähernd sichern Feststellung. Der Vorschlag würde daher auf die Straflosigkeit der Abtreibung hinauslaufen.

Wenn übrigens eine Selektion der Nachkommenschaft je vom Staate in Erwägung gezogen werden könnte, so wäre der Gedanke, den *Forel* einmal beiläufig äusserte, es sollten Individuen, von denen eine *verbrecherisch* veranlagte Nachkommenschaft zu erwarten sei, Mann und Weib, *kastriert* werden, radikaler und zweckmässiger.

[2]) Diese Angaben stützen sich auf das *Lehrbuch der gesammten Gynäkologie* von Dr. *Friedrich Schauta,* o. ö. Professor der Geburtshilfe und Gynäkologie an der Wiener Universität, 2. Aufl., 2. Teil, Leipzig und Wien 1898.

die Schwangerschaft unterbrochen wird, bevor das Kind lebensfähig ist. Vor der 28. Woche ist das Kind in der Regel nicht lebensfähig. Ist das Kind lebensfähig, so wird durch die Unterbrechung der Schwangerschaft eine Frühgeburt eingeleitet, durch die das Kind am Leben erhalten werden soll. Es steht also hier nur die künstliche Einleitung des *Abortus* in Frage.

Früher wurde die Indikation zur Einleitung des Abortus angenommen bei anhaltendem (unstillbarem) Erbrechen, bei absoluter Beckenverengerung, sowie bei akuter Nephritis und bei lange dauernder schwerer Blutung. Gegenwärtig ist die Einleitung des Abortus in diesen Fällen selten mehr notwendig, da meist eine andere Behandlung möglich ist [1]).

2. Die *Kraniotomie* (Perforation).

Die Schädelhöhle des Kindes wird geöffnet (perforiert), so dass das Gehirn austritt und der Schädel herausgezogen werden kann. Die Kraniotomie ist bei gewissen Verengerungen des Beckens angezeigt. An einem *lebenden* Kinde ist jedoch die Kraniotomie heute nur *ausnahmsweise* indiziert, wenn nämlich weder eine Erweiterung des knöchernen Beckens (Symphysiotomie), noch der Kaiserschnitt möglich oder ratsam ist. In diesen Fällen, erklärt *Schauta*, bleibt also nichts anderes übrig, als die grosse Gefahr, in der sich die Frau befindet, durch Aufopferung des kindlichen Lebens zu beseitigen. „In anderen Fällen, und das sind eben solche der Privatpraxis, sind es nicht die innern Verhältnisse, sondern mehr *äusserliche Verhältnisse*, welche die etwa mögliche Sectio cæsarea oder Symphysiotomie nicht gestatten. Dazu gehört mangelhafte Assistenz, Weigerung der Anverwandten u. s. w.“ [2])

3. Bei vernachlässigter Querlage ist die *Embryotomie*, die *Zerstückelung* der Frucht, angezeigt, damit der Fötus austreten kann; allein eine Frucht, die sich in dieser Lage befindet, ist

---

[1]) *Schauta*, S. 391.

[2]) *Schauta*, S. 471. Wenn in einem solchen Fall der Kaiserschnitt oder Symphysiotomie indiziert und die Kraniotomie nicht notwendig wäre, so könnte sie durch die Weigerung des Patienten, sich der indizierten Operation zu unterziehen, nicht *notwendig* werden. Denn für die ärztliche Behandlung kann nur die Indikation, also der Zustand des Patienten, massgebend sein, und nicht der Wunsch des Patienten. Der Patient hat freilich das Recht, die indizierte Behandlung abzulehnen. Wenn aber der Arzt die Kraniotomie als nicht notwendig ablehnt, so wird der Patient die Zustimmung zu der indizierten Behandlung kaum verweigern.

tot. Durch die Embryotomie wird daher keine lebende Frucht vernichtet [1]).

„*Wenn kein anderes Mittel übrig bleibt*", um die Lebensgefahr von einer Schwangeren abzuwenden, trägt der Arzt kein Bedenken, eine ärztliche Behandlung einzuleiten, durch die der Embryo vernichtet wird. Dass es erlaubt sei, den Embryo in einem solchen Falle zum Wohl der Mutter zu opfern, stellt der Arzt gar nicht in Frage. *Er setzt voraus,* dass für diesen Fall eine Ausnahme von der Strafpflicht bestehe.

Diese Anschauung ist nicht nur vom *ärztlichen* Standpunkte aus begreiflich; sie ist in den Lebensverhältnissen begründet.

Es entspricht dem natürlichen Rechtsgefühl, dass es gestattet sein müsse, zur Erhaltung des Lebens der Mutter ein ungeborenes Kind der Vernichtung preiszugeben.

Lässt sich aber für diesen Fall eine *Ausnahme von der Strafpflicht* in dem *geltenden* Rechte nachweisen?

Einzig die *romanischen* Kantone der Schweiz, nämlich *Waadt, Freiburg, Tessin, Genf, Neuenburg* (nicht *Wallis*), begründen für die künstliche Vernichtung des Embryo zum Wohl der Mutter ausdrücklich eine Ausnahme von der Strafpflicht.

Die Bestimmung von *Waadt* (1843) ist nach Form und Inhalt beachtenswert:

Art. 228. Les gens de l'art, tels que médecins, chirurgiens, accoucheurs, pharmaciens, sages-femmes qui, **hors les cas où cela est nécessaire pour sauver la mère,** *procurent un avortement ou qui aident à le procurer, sont punis ....*

Waadt stellt also eine besondere Bestimmung gegen Abtreibungshandlungen von Medizinalpersonen auf, nimmt aber jede Vernichtung des Embryo (avortement), *die zur Rettung der Mutter notwendig ist,* ausdrücklich von der Strafpflicht aus. Damit ist für die ärztliche Behandlung eine scharfe und sichere Grenze gezogen. Erlaubt ist die Vernichtung des Embryo, *die zur Rettung der Mutter notwendig ist;* jedoch darf der operative Eingriff nur von Berufenen — als solche gelten jedoch auch Hebammen und Apotheker (!) — vorgenommen werden.

Freiburg (Art. 138) und *Tessin* (Art. 326, § 2) schliessen sich fast wörtlich an die Bestimmungen von Waadt an.

---

[1]) *Schauta,* S. 483.

Neu und interessant ist die *Genfer* Bestimmung (1874):

Art. 272. Dans les cas des art. 269 et 270 si le coupable est médecin, chirurgien, sage-femme ou pharmacien, et qu'il ait volontairement administré ou sciemment indiqué un moyen d'avortement, ***hors les cas où la science médicale exige l'emploi d'un de ces moyens pour éviter un mal plus grand,*** *il sera puni ....*

Ärzte, Chirurgen, Apotheker und Hebammen dürfen also einen Embryo vernichten oder die Mittel dazu angeben in den Fällen, in denen *die medizinische Wissenschaft die Vernichtung des Embryo zur Vermeidung eines grössern Übels erfordert.*

Die *medizinische Wissenschaft* wird damit zur *Rechtsquelle* erhoben; die Vernichtung des Embryo, die sie zur Vermeidung eines grössern Übels erfordert, ist als erlaubte ärztliche Behandlung von der Strafpflicht ausgenommen. Zweifelhaft ist jedoch der Sinn der Worte: „*pour éviter un mal plus grand*". So viel steht zwar fest, dass der Gesetzgeber nur die Vernichtung des Embryo als gerechtfertigt erachtet, *durch die ein grösseres Übel als der Tod des Embryo* abgewendet wird; unbestimmt ist aber, ob die Frage, *welches Übel grösser sei,* nach den Anschauungen der medizinischen Wissenschaft oder nach freier Würdigung des Richters zu entscheiden ist. Der *Gesetzestext* scheint eher für die Entscheidung der *medizinischen Wissenschaft* zu sprechen, während nach der *Natur der Sache* eine *richterliche* Beurteilung dieser Rechtsfrage geboten ist. Hat der *Richter* die Frage zu entscheiden, so ist die Vernichtung des Embryo erlaubt, wenn sie medizinisch indiziert ist und dadurch ein grösseres Übel abgewendet wird.

In jedem Fall wird der ärztlichen Behandlung durch das *Genfer* Gesetz mehr Freiheit gelassen, als nach dem Strafgesetzbuch von *Waadt.* Hätte der Gesetzgeber nur den *Tod der Mutter* als das *grössere* Übel angesehen, so würde er die Bestimmung in diesem Sinne gefasst haben. Er muss also angenommen haben, es dürfe ein Embryo unter Umständen auch vernichtet werden, um die Mutter vor *andern* Übeln als dem Tod zu bewahren.

Das von *Cornaz* entworfene *Neuenburger* Strafgesetz (1891) löst die Gesetzgebungsfrage wieder anders:

Art. 312. Le médecin qui provoque l'avortement dans le but de sauver la vie de la femme enceinte ne commet aucun délit.

Die operative Vernichtung des Embryo wird nur dem *Arzte* gestattet, was ein Fortschritt ist, da weder die Hebamme noch gar der Apotheker zu solchen ärztlichen Eingriffen berufen sind. Der Arzt wird aber nicht dann als nicht strafbar erklärt, wenn die Operation zur Rettung der Mutter *notwendig* ist, sondern wenn der Arzt diese Operation *zu dem Zwecke* vornimmt, um das Leben der Mutter zu retten. Die ärztliche Handlung wird also durch ihren *Zweck* gerechtfertigt. Damit wird der Ausnahme jede objektive Grundlage entzogen und es fragt sich einzig, ob der Arzt mit der Vernichtung des Embryo das Leben der Frau zu retten *bezweckte.*

Nach allen diesen Gesetzen wird die Vernichtung des Embryo durch die *Zweckbestimmung,* der sie dient, gerechtfertigt. Der Embryo darf zur Rettung der Mutter aufgeopfert werden. Mit Ausnahme des Neuenburger Gesetzes setzen alle Gesetze voraus, dass die Mutter *nicht anders* gerettet werden kann.

Der Gedanke, dass die Vernichtung und die Verletzung eines Gutes nicht strafbar sei, wenn sie das einzige Mittel ist, um ein anderes (wichtigeres) Gut zu erhalten und zu schützen, liegt dem *Notstande* zu Grunde. Es wäre daher möglich, dass die Vernichtung des Embryo als *Notstandshandlung* der Strafpflicht entzogen ist. Allein die meisten Strafgesetzgebungen Europas [1]) fassen den *Notstand* so eng, dass der Arzt, der die Frucht vernichtet, um die Mutter zu retten, sich nicht auf Notstand berufen kann. Nach *österreichischem* [2]), *französischem* [3]), *belgischem* [4]) und *niederländischem* [5]) Strafrecht begeht derjenige kein Verbrechen, der unter *unwiderstehlichem Zwang* handelt. Auch *Italien* [6]) setzt voraus, dass der Thäter die Handlung durch die „*Notwendigkeit gezwungen*“ beging. Nach *deutschem* [7]) Strafrecht

---

[1]) *Paul Moriaud,* Du délit nécessaire et de l'état de nécessité. Genève et Paris 1889, S. 224—243.

[2]) St. G. B., § 2.

[3]) St. G. B., art. 64.

[4]) St. G. B., art. 71.

[5]) St. G. B., Art. 40.

[6]) St. G. B., art. 49, 3: «... per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè o altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare».

[7]) St. G. B., § 54, ähnlich *Ungarn,* Art. 80.

begründet nur eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben des *Thäters* oder *eines Angehörigen* Notstand, wenn die Gefahr unverschuldet ist und nicht anders als durch eine sonst strafbare Handlung abgewendet werden kann.

Weiter ist der Notstand im *schweizerischen* Entwurf gefasst:

Art. 20. Wer eine als Verbrechen bedrohte That begeht, um Leben, Leib, Ehre, Freiheit, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen andern aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos, wenn ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben; andernfalls mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 40, § 2).

Da dem Arzte nicht zugemutet werden kann, das Leben der Mutter preiszugeben, wenn die Gefahr einzig durch Vernichtung des Embryo abgewendet werden kann, so ist die Vernichtung des Embryo nach dem schweizerischen Entwurfe in diesem Falle als *Notstandshandlung* nicht strafbar.

Der *norwegische* Entwurf[1]) behandelt den *Notstand* verschieden, je nachdem es sich um Rettung des Thäters selbst oder um die Rettung eines andern aus Gefahr handelt. Keine strafbare Handlung begeht, § 44, wer .... „wegen Zwanges, dringender Gefahr oder eines besondern Seelenzustandes seiner selbst nicht mächtig war“.

Ausserdem bestimmt *§ 47:*

Niemand kann wegen einer Handlung bestraft werden, die er vorgenommen hat, um jemandes Person oder Eigentum aus einer auf andere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr zu retten, wenn ihm diese im Verhältnis zu dem Schaden, der durch seine Handlung verursacht werden konnte, besonders gross erscheinen musste.

Auch nach dem *norwegischen* Entwurf wird daher die indizierte Vernichtung des Embryo eine Notstandshandlung sein.

Der Arzt, der eine Mutter durch Vernichtung des Embryo aus Lebensgefahr errettet, wird jedoch auch in den Ländern, die keine ausdrückliche Ausnahme von der Strafpflicht für diese ärztliche Behandlung begründen, nicht strafrechtlich ver-

---

[1]) Übersetzung von *Rosenfeld* und *Urbye*, Berlin 1898. (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr. 11.)

folgt. Einige Schriftsteller nehmen an[1]), dieser Fall sei selbstverständlich von der Strafpflicht ausgenommen, die Strafbestimmung über Abtreibung beziehe sich nur auf die Vernichtung eines Embryo, den die Mutter gebären könne, ohne ihr Leben zu opfern. Denn eine andere Auffassung würde dem Gesetzgeber Unvernünftiges zumuten.

Dieser Ansicht liegt der richtige Gedanke zu Grunde, dass es nicht der Wille eines verständigen Gesetzgebers sein könne, den Arzt zu bestrafen, der der Mutter durch Vernichtung des Embryo das Leben rettet. Dann ist aber nicht einzusehen, warum er die Abtreibung anscheinend ganz allgemein mit Strafe bedroht und mit keinem Worte andeutet, dass die ärztliche Behandlung der Mutter von der Strafpflicht ausgenommen sei. Diese Unterlassung ist nur dann erklärlich, wenn der Gesetzgeber annimmt, die Ausnahme von der Strafpflicht brauche nicht erst *begründet* zu werden, sie *bestehe schon.* Da der Gesetzgeber weiss, dass die Vernichtung des Embryo, die notwendige ärztliche Behandlung ist, niemals bestraft wird, ist er überzeugt, dass diese Übung dem Rechte entspricht, und er hält es für unnötig, einen Rechtssatz aufzustellen, der diesen Rechtszustand noch ausdrücklich anerkennt. Forschen wir aber nach der Quelle, die diesen Rechtssatz enthält, und findet sich keine Gesetzesbestimmung darüber, so kann nur das *Gewohnheitsrecht* diese Quelle sein[2]).

In der That ist der Satz: *Der Embryo darf zur Rettung des Lebens der Mutter geopfert werden*[3]), seit undenklicher Zeit in

[1]) *Joseph Heimberger,* Über die Straflosigkeit der Perforation, Berlin 1889, S. 28—33. Heimberger führt namentlich Jenull, Hälschner und von Holtzendorff als Vertreter dieser Ansicht an.

[2]) So namentlich auch *Robert Jungmann,* Das Verbrechen der Abtreibung, München 1893, während *Oppenheim* alle ärztlichen Eingriffe aus Gewohnheitsrecht rechtfertigt. Im Gegensatz zu Jungmann, S. 36, finde ich keine «Lücke» im Gesetz.

[3]) Schon in früheren Aufsätzen habe ich diesen Satz auf Gewohnheitsrecht zurückgeführt. Ich habe mir dadurch den Vorwurf der Inkonsequenz zugezogen. Wer von dem Vorurteil ausgeht, «es müsse wohl ein *allen* ärztlichen Eingriffen gemeinsames rechtliches Moment sein, vermöge dessen diese straflos und berechtigt sind» (*Dietrich,* Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, S. 55), der kann freilich nur eine einheitliche Lösung der Frage gutheissen. Wer dagegen die ärztliche Behandlung, durch die ein Embryo vernichtet wird, in ihrer *Besonderheit* erkennt, sieht ein, dass diese Besonderheit auch für die *rechtliche Beurteilung* solcher ärztlichen Behandlung von Bedeutung sein muss. Das Recht muss sich nach den Lebensverhältnissen richten, wenn es eine Regel des Lebens sein soll.

der Überzeugung angewendet worden, es bestehe derselbe zu Recht. Er wurzelt in der Rechtsüberzeugung des Volkes. Dafür spricht namentlich auch die Anschauung der Ärzte. Die Natur des Gewohnheitsrechts bringt es mit sich, dass sein Inhalt nicht so genau festgestellt werden kann, wie der Inhalt von Gesetzesrecht. Es lässt sich daher auch nicht genau bestimmen, wie weit das Recht, den Embryo zu vernichten, reicht und wem es zusteht. Sicher aber ist, dass es nicht weiter reicht, als die ärztliche Behandlung der Mutter es erfordert. Da dieser Rechtszustand zu Zweifeln Anlass geben kann, so wird es Aufgabe der Gesetzgebung sein, auch diesen Fall zu regeln, sei es im Sinne der romanischen Kantonalgesetze, sei es im Sinne des schweizerischen und des norwegischen Entwurfs.

Transfusion und Transplantation.

Der Chirurg nimmt in einzelnen Fällen operative Eingriffe an einem *gesunden* Menschen vor, um dadurch Heilstoffe zur Behandlung eines *Kranken* zu gewinnen. So wird einem gesunden Menschen Blut entzogen, um es in den Körper eines Kranken überzuleiten *(Transfusion)*; einem gesunden Menschen werden dünne Hautstreifen abgelöst, um sie einem Kranken einzuverleiben, „überzupflanzen“ *(Transplantation)*. Wenn dieses Verfahren vorsichtig und in bescheidenem Masse an einem gesunden, kräftigen Menschen ausgeführt wird, und diesem nach dem Eingriff Schonung und Pflege zu teil wird, so ersetzt die Natur das, was dem Körper durch den Eingriff genommen wurde, in verhältnismässig kurzer Zeit. Doch stellt sich die Entziehung von Blut oder die Ablösung von Haut in jedem Fall als eine wenn auch leichte körperliche Beschädigung, als Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzes dar. Nach den meisten Strafgesetzen wird jedoch die leichte Körperverletzung nur auf Privatanklage oder auf Antrag des Verletzten strafrechtlich verfolgt. Der Arzt, der eine Transfusion oder eine Transplantation an einer Person vornimmt, die in Kenntnis der Bedeutung des Eingriffs und seiner Folgen dazu eingewilligt hatte, wird regelmässig vor Bestrafung gesichert sein, weil der Verletzte keine Privatanklage erhebt oder keinen Strafantrag stellt. Soll der Arzt aber bestraft werden, wenn der Verletzte ungeachtet seiner Einwilligung wegen der

Körperverletzung Privatanklage erhebt oder Strafantrag stellt? Wer annimmt, die Einwilligung des Verletzten schliesse die Strafbarkeit des Thäters in jedem Falle aus, wird die Frage ohne weiteres verneinen. Wer der Einwilligung des Verletzten strafausschliessende Wirkung im allgemeinen nicht zuerkennt[1]), wird aber doch geneigt sein, die Privatanklage oder den Privatantrag des Verletzten wegen einer Körperverletzung, zu der der Verletzte eingewilligt hatte, auszuschliessen. Denn wenn der Gesetzgeber die Bestrafung leichter Körperverletzungen von einer Privatanklage oder von einem Antrage des Verletzten abhängig macht, so geschieht dies wohl in der Annahme, eine staatliche Strafpflicht sei nur für den Fall begründet, dass der Verletzte die Körperverletzung als ein Unrecht empfinde, für das ihm die Bestrafung des Schuldigen Genugthuung geben soll. Diese Empfindung kann der Verletzte nicht haben, wenn er zu der Verletzung eingewilligt hatte. Eine Strafpflicht des Staates ist also in einem solchen Fall *innerlich* nicht begründet. Allein die Gesetze bringen diesen Gedanken nicht zum Ausdruck; sie erklären die leichte Körperverletzung auf Privatanklage oder auf Antrag des Verletzten strafbar, ohne Rücksicht darauf, ob und wie der Verletzte die Körperverletzung empfunden hat. Wenn aber die Gesetze die Körperverletzung, die an einem Einwilligenden begangen wird, nicht von der Strafpflicht ausnehmen, so ist sie auf Antrag oder auf Privatanklage des Verletzten zu bestrafen.

Auf Notstand kann sich der Operateur regelmässig nicht berufen, da nicht nur das Blut oder die Hautstücke *des Verletzten* dem Kranken Heil bringen konnten. Unter allen Umständen verdient der *Zweck* der Handlung, die Gesundheit einer andern Person zu schützen, Berücksichtigung. *Oppenheim*[2]) teilt einen interessanten Fall aus Basel mit. Ein Arzt behandelte eine Frau an einer eiternden Wunde. Um eine rasche Heilung zu bewirken, beschloss er, Epidermisstücke einer gesunden Person auf die wunde Stelle überzupflanzen. Der Arzt fragte das Dienstmädchen der Kranken, ein Kind von noch nicht 16 Jahren, ob er ihr Haut nehmen dürfe, es thue ein wenig weh, die Wunde heile aber bald. Sie willigte

---

[1]) Vgl. die Ausführungen, S. 94.

[2]) *L. Oppenheim,* Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892. S. 27, 28 und 43 ff.

auf das Zureden des Arztes hin ein und er löste ihr 24 Hautstückchen von den Oberarmen und Oberschenkeln ab. Das Dienstmädchen empfand gegen das Ende des Eingriffs Schmerzen, sie weinte, so dass der Arzt von weiteren Eingriffen abstand. Der Arzt verordnete dem Mädchen Ruhe; sie gönnte sich diese nicht oder konnte sie sich nicht gönnen. Nach 7 Wochen waren die Wunden noch nicht vollständig geheilt. Der Vater des Mädchens stellte gegen den Arzt Strafantrag. Mit *Oppenheim* nehme ich an, dass die Einwilligung des minderjährigen Mädchens nicht rechtlich wirksam war. Ein verständiger Vater hätte zu einer solchen Operation an seinem Kinde übrigens niemals einwilligen dürfen; ein gewissenhafter Arzt durfte die Operation an einem Mädchen, das an der Grenze des Kindesalters stand, nicht ausführen. Das Basler Strafgericht sprach den Arzt jedoch frei; seines Erachtens hatte der Angeklagte in guten Treuen annehmen dürfen und angenommen, das Mädchen besitze die Einsicht, welche die Einwilligung voraussetzt. In den Entscheidungsgründen wird grundsätzlich ausgeführt: „Die Zufügung einer solchen Körperverletzung gegenüber einem Einwilligenden für strafbar erklären und so die Heilkunde wirksamer Heilmittel berauben, hiesse die Konsequenz eines sonst geltenden Satzes (dass die Einwilligung des Verletzten unbeachtlich ist) ins Absurde treiben."

X.

Versuche an Tieren und an Menschen.

Der wissenschaftliche Versuch an lebenden Tieren und an Menschen wird vielfach den ärztlichen Handlungen gleichgestellt und nach denselben Grundsätzen behandelt.

Allein diese Handlungen gehören nicht zur ärztlichen Behandlung. Die Grundsätze, die für die ärztliche Behandlung gelten, können daher auch nicht auf den wissenschaftlichen Versuch angewendet werden. Doch steht das wissenschaftliche Experiment allerdings in einem näheren oder entfernteren Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung.

Der Versuch an Tieren.

Es werden vielfach Versuche an Tieren angestellt, um die Wirkung eines Heilverfahrens, insbesondere eines Heilstoffes, zu erproben. Die Heilkunde verdankt dem Versuch am lebenden Tiere die wichtigsten Fortschritte.

Wenn der Versuch am lebenden Tiere mit der Schonung gegen das Tier vorgenommen wird, die das Recht von jedermann verlangt, so kann der Versuch am lebenden Tiere nicht strafbar sein. Denn wie auch die Bestimmungen über Tierquälerei gefasst sind[1]), so wird doch als Tierquälerei überall nur eine *Misshandlung* von Tieren mit Strafe bedroht. Freilich wird von den Vertretern des Tierschutzes behauptet, der Versuch am lebenden Tier und namentlich die Vivisektion sei *ihrem Wesen nach* eine Tierquälerei.

Die Vivisektion, die von einem Fachmann mit geeigneten Instrumenten in einem dafür eingerichteten Raume unter möglichster Schonung des Tieres (Aufhebung der Schmerzempfindung) vorgenommen wird, ist nicht Tierquälerei. Sobald jedoch auch nur eines dieser Erfordernisse fehlt, kann die Vivisektion allerdings in Tierquälerei ausarten. Es ist Aufgabe des Verwaltungsrechts, dem Missbrauch der Vivisektion durch Verordnungen vorzubeugen, ohne die Freiheit der wissenschaftlichen Forschung zu beschränken[2]). Je weniger die Vivisektion im

---

[1]) Eine erschöpfende Übersicht über das geltende Recht giebt *Robert von Hippel,* Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichsrechts, Berlin 1891, S. 27—101 und S. 145—196.

[2]) Vgl. den Erlass des Kultusministers betreffend die Vivisektion an die medizinischen Fakultäten Preussens vom 2. Februar 1885, bei *v. Hippel,* S. 29:

1. Versuche am lebenden Tiere dürfen nur zu ernsten Forschungs- oder wichtigen Unterrichtszwecken vorgenommen werden.

2. In den Vorlesungen sind diese Versuche nur in dem Masse statthaft, als dieses zum vollen Verständnis des Vorgetragenen notwendig ist.

3. Die operativen Vorbereitungen zu den Vorlesungsversuchen sind der Regel nach vor Beginn der eigentlichen Demonstration und in Abwesenheit der Zuhörer zu bewerkstelligen.

4. Tierversuche dürfen nur von den Professoren und Docenten oder unter deren Verantwortlichkeit ausgeführt werden.

5. Versuche, welche ohne wesentliche Beeinträchtigung des Resultats an niederen Tieren gemacht werden können, dürfen nur an diesen und nicht an höheren Tieren vollzogen werden.

6. In allen Fällen, in welchen es mit dem Zweck des Versuchs nicht schlechterdings unvereinbar ist, müssen die Tiere vor dem Versuch durch Anästhetika vollständig und in nachhaltiger Weise betäubt werden.

Dienste ernster wissenschaftlicher Forschung steht, desto mehr nähert sie sich der Tierquälerei. Der neugierige Student, der in seinem Zimmer an lebenden Tieren herumschneidet, ist ein Tierquäler, der sich einbildet, ein Forscher zu sein. Er soll wegen Tierquälerei bestraft werden.

Von einem *Berufsrechte* zur Vivisektion kann nur gesprochen werden, wenn ein Staat die Vivisektion im allgemeinen verbietet und bestimmte Berufspersonen von diesem Verbot ausnimmt. Insbesondere steht dem Arzt nicht vermöge seines Berufes ein besonderes Recht zur Vivisektion zu. Von praktischen Ärzten werden übrigens Vivisektionen sehr selten ausgeführt.

Der Versuch am Menschen.

Ist es *rechtlich erlaubt*, einen Menschen zu einem wissenschaftlichen Experiment zu benützen?

Bevor diese Frage untersucht werden kann, ist der Fall, der zu entscheiden ist, genau abzugrenzen. Als *Experiment* wird nämlich auch die *ärztliche Behandlung* bezeichnet, die noch nicht *an Menschen erprobt* ist und zum erstenmal an einem Patienten angewendet wird[1]. Für eine solche Behandlung finden aber durchaus die Grundsätze über *ärztliche Behandlung* Anwendung; sie unterscheidet sich von andern Behandlungen nur dadurch, dass der Behandelnde sich nicht auf Erfahrungen, die in gleichen oder ähnlichen Fällen für die Behandlung gewonnen worden sind, stützen kann, und dass er daher auf die ärztliche Erfahrung im allgemeinen und auf sein Wissen und Können angewiesen ist, sowie auf die Ergebnisse von Versuchen, die etwa an Tieren angestellt werden konnten. Daraus ergiebt sich für den Arzt die Pflicht, die Indikation zu der neuen Behandlung noch sorgfältiger und genauer zu prüfen, als in andern Fällen, in der Behandlung die *äusserste* Vorsicht zu beobachten und erst dann die Behandlung einzuleiten, wenn er überzeugt ist, dass die neue Behandlung besser ist als das Verfahren, das bisher zur Anwendung kam, oder wenn sie einen Erfolg in Aussicht stellt, der sonst nicht zu erreichen wäre. Aber im übrigen bietet diese ärztliche Behandlung *rechtlich*

[1] Vgl. *Oppenheim,* Ärztliches Recht, S. 36 unten, 37; *Dietrich,* Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, S. 84.

nichts Besonderes. Das Wohl des Patienten ist auch hier, und hier ganz besonders, ausschlaggebend für die ärztliche Behandlung [1]).

Dagegen handelt es sich *hier* nicht um Behandlung eines *Patienten*, sondern um Einwirkungen auf den Körper und die Gesundheit einer Person, durch die eine medizinische Thatsache, die für die Erkenntnis des menschlichen Organismus und für die ärztliche Behandlung im allgemeinen von Bedeutung sein kann, experimentell festgestellt werden soll. Dieser Versuch kann allerdings *anlässlich* einer ärztlichen Behandlung unternommen werden, aber auch unabhängig von einer solchen Behandlung, an einem gesunden oder an einem kranken Menschen. So wurde in einem Pariser Spital versucht, das Krebsgeschwür, das eine Frau an einer Brust hatte, auf die andere Brust zu übertragen. Der Operateur entnahm der kranken Brust ein Stück Gewebe und pflanzte es auf die gesunde Brust über. Auch an dieser Brust entstand ein Krebsgeschwür, das der Operateur ausschnitt. Allein der Krebs wurde durch die Operation nicht geheilt und die Frau starb daran [2]). Da die Ansteckung der gesunden Brust dem Zustand der Patientin nicht angemessen, sondern zuwider war, und es sich für den Arzt nur darum handelte, sich über die Übertragbarkeit des Krebses im allgemeinen Gewissheit zu verschaffen, so war der Eingriff an der gesunden Brust der Frau keine ärztliche Behandlung, sondern eine wissentliche Schädigung der Patientin. Wer einen Menschen durch ein Experiment an der Gesundheit schädigt oder dadurch seinen Tod verursacht, verfällt dem Strafgesetz. Die Handlung ist Körperverletzung oder Tötung.

Es ist jedoch nicht leicht, das Verschulden des Thäters dem Gesetze gemäss festzustellen. Der Pariser Arzt *wollte* die Frau

---

[1]) Eines der interessantesten Beispiele ist die künstliche Erweiterung des knöchernen Beckens (Symphysiotomie). *Jean Réné Sigault* schlug der Pariser Akademie diese Operation im Jahre 1768 vor; damals war er noch *Student* in Paris. Die Akademie lehnte die Neuerung ab. Im Jahre 1777 führte Sigault die Operation an einer Frau aus, die schon vier tote Kinder geboren hatte, und zwar mit glücklichem Erfolg für Mutter und Kind. Nun fand die Operation begeisterte Anerkennung. Später kam sie in Misskredit; sie wurde aber in diesem Jahrhundert wieder aufgenommen. *Schauta,* a. a. O., S. 460.

[2]) *Oppenheim,* Das ärztliche Recht, S. 35 in der Anmerkung.

gewiss nicht *töten,* und er *beabsichtigte* auch nicht, sie an der Gesundheit *schwer* zu schädigen. Er versuchte, die Krankheit, die er heilen sollte, an dem Körper der Patientin *weiterzuverbreiten,* um sie schliesslich vollständig zu heilen. Die Übertragung der Krankheit auf andere Teile des Körpers der Patientin gelang, aber es gelang dem Arzte nicht, die Krankheit, die er künstlich hervorgerufen hatte, zu heilen. Der Arzt *wollte* also die Patientin *krank machen;* denn die Erkrankung der gesunden Brust war eine *neue* Krankheitserscheinung. Dass er dieses Erfolges nicht gewiss war, änderte an seinem Willen nichts. Er handelte also mit dem *Vorsatz,* die Frau an der *Gesundheit zu schädigen,* und *führte* diesen Vorsatz *aus.* Durch die *Absicht* des Arztes, die Frau, die er in kranken Zustand versetzt hatte, später zu *heilen,* wurde sein Vorsatz, sie an der *Gesundheit zu schädigen,* nicht aufgehoben. Der Arzt hat sich also der *vorsätzlichen Körperverletzung* schuldig gemacht; wenn die Versuchshandlung den Tod der Frau verursachte, so ist er wegen *Körperverletzung, die den Tod der Verletzten zur Folge hatte,* zu bestrafen. Die Strafen, mit denen die geltende Strafgesetzgebung die Körperverletzung mit tödlichem Ausgange bedroht[1]), entsprechen dem Verschulden, das in einem solchen Falle vorliegt.

Wenn aber, was in einem solchen Falle leicht möglich ist, nicht nachgewiesen werden kann, ob der Tod der Person, an der der Versuch vorgenommen wurde, die Folge des Versuchs war, oder wenn die Person am Leben geblieben ist, ohne einen der schweren Nachteile zu erleiden, deren Verursachung das Gesetz mit *höherer* Strafe auszeichnet, so kann der Thäter nur wegen *einfacher Körperverletzung* bestraft werden. Die Strafen der einfachen Körperverletzung werden aber dem Verschulden des Thäters nicht gerecht. Der Thäter hat durch sein Experiment das *Leben eines Menschen* ich möchte sagen *auf das Spiel gesetzt:* er hat Leib und Leben der Person, an der er experimentierte, *wissentlich gefährdet.* Der Ausgang des Experiments liegt nicht in seiner Hand; eben weil der Ausgang des Experiments für ihn ungewiss ist, unternimmt er den Versuch. Die Grösse des Verschuldens hängt nicht von dem Ausgang des Experiments ab. Das Delikt ist also seinem Wesen nach ein *Gefährdungsdelikt,* nicht ein Verletzungsdelikt.

---

[1]) Deutsches Reich, § 226. Frankreich, art. 309 a. E. Österreich (Todtschlag!), §§ 140, 142.

Allein das geltende Recht lässt uns in einem solchen Falle im Stich. Das *österreichische* Strafrecht bedroht zwar die *fahrlässige* [1]) Gefährdung von Leib und Leben, die vorsätzliche [2]) jedoch nur, wenn der Thäter aus *Bosheit* handelt [3]), was bei wissenschaftlichen Experimenten doch regelmässig nicht zutrifft. Die übrigen Strafgesetzgebungen bestimmen die Strafe nach dem Verletzungserfolge. Dieser kann auch bei sehr schwerer Gefährdung von Leib und Leben zufällig unbedeutend sein, ohne dass das Verschulden des Thäters deshalb geringer wäre.

Gegen solche frivole Gefährdungen von Leib und Leben richtet sich der Art. 59 des *schweizerischen Entwurfes:*

Art. 59. Wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Gefahr für Leib und Leben bringt, wird mit Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft; wird der Tod des Menschen verursacht, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Jahre.

Hat der Thäter aus Gewinnsucht gehandelt, so ist mit der Freiheitsstrafe Geldstrafe bis 10,000 Franken zu verbinden.

Man wird vielleicht annehmen, das Pariser Experiment sei ein vereinzelter Fall, der anderswo nicht vorkommen könnte. Das bestätigt sich jedoch nicht.

Jüngst berichteten die Zeitungen über einen frappanten Fall. Um festzustellen, ob Paralyse wirklich, wie vermutet wird, ausschliesslich auf syphilitische Erkrankung zurückzuführen sei, wurde Paralytikern Syphilis eingeimpft [4]). Dieser Versuch beruht auf der Wahrnehmung, dass ein Mensch, der syphilitisch erkrankt war, für syphilitische Ansteckung unempfänglich ist. Erwiesen sich die Paralytiker für das Gift der Syphilis, das ihnen eingeimpft wurde, unempfänglich, so durfte mit hoher Wahrscheinlichkeit, aber doch nicht mit Sicherheit angenommen werden, diese Unempfänglichkeit habe ihre Ursache in früherer syphilitischer Erkrankung. Es war aber nicht ausgeschlossen, dass die Wirkung des syphilitischen Giftes in

---

[1]) Österreichisches Strafgesetzbuch, §§ 335 und 431.

[2]) Österreichisches Strafgesetzbuch, §§ 87 und 85 *b*.

[3]) So mit Recht *Finger,* Das Strafrecht (Kompendien des österreichischen Rechtes), Berlin 1895, Band 2, S. 89, und nun die herrschende Meinung.

[4]) Von einem ähnlichen Experiment an einem 12jährigen Knaben in Prag aus den Fünfzigerjahren berichtet *Oppenheim,* Ärztliches Recht, S. 35.

dem einen oder andern Fall nicht deshalb ausblieb, weil der Geisteskranke eine syphilitische Krankheit überstanden hatte.

Zwischen diesem und dem Pariser Fall besteht freilich ein *wesentlicher* Unterschied. Der Pariser Arzt ging offenbar von der Voraussetzung aus, Krebs sei übertragbar, und er wünschte die Richtigkeit dieser Vermutung durch den Versuch nachzuweisen. Der Operateur, der Paralytikern Gift einimpfte, war dagegen nach dem Ergebnisse der bisherigen Forschungen überzeugt, dass die Paralyse ein Folgezustand der Syphilis ist, dass daher Paralytiker für das Gift der Syphilis unempfänglich seien. Somit durfte er hoffen, der Versuch werde sich für die Personen, an denen er vorgenommen wurde, *unschädlich* erweisen. Allein gerade der *Versuch* leistet den Beweis, dass die Unempfänglichkeit von Paralytikern für syphilitisches Gift noch nicht wissen. schaftlich *feststeht*. Die *Gefahr*, dass ein Paralytiker infolge der Impfung an *Syphilis* erkranke, war daher *nicht ausgeschlossen*.

Durch wissenschaftliche Versuche darf ein Mensch auch dann nicht an seiner Gesundheit geschädigt oder an Leib und Leben gefährdet werden, wenn für die medizinische Wissenschaft und mittelbar für die ärztliche Behandlung daraus ein Gewinn zu erwarten ist. Der im allgemeinen menschenfreundliche oder rein wissenschaftliche *Zweck* der Handlung verändert die strafrechtliche *Natur* der Handlung nicht; auch der *Vorsatz* des Thäters wird dadurch nicht berührt.

Die Umstände bringen es mit sich, dass die Zustimmung der Versuchsperson zu solchen Experimenten nicht eingeholt wird; man wird sie in dem Glauben lassen, es handle sich um eine ärztliche Behandlung, und in dieser Voraussetzung wird sie dazu einwilligen. Die Bedeutung der Einwilligung des *Verletzten* hat daher für diese Fälle geringe praktische Bedeutung. Was später hierüber ausgeführt wird, gilt jedoch auch für diese Fälle.

In der Regel bandelt es sich bei Versuchen an Menschen jedoch darum, ein *Heilverfahren* oder die Wirksamkeit eines *Heilmittels* zu erproben. Durch die Erkenntnis, dass eine grosse Zahl von Krankheiten durch Mikroorganismen erregt werden, ist der ärztlichen Behandlung ein neues Feld eröffnet worden. Damit ist der Wissenschaft die Aufgabe gestellt, die Natur des Krankheitserregers zu erforschen und Mittel zu finden, durch welche die Erreger der Krankheit zerstört werden. Wenn es nun auch

möglich ist, die neuen Heilmittel an Tieren zu erproben, so ist es doch oft unsicher, ob die Wirkung bei Menschen die nämliche sei wie bei Tieren. Der Forscher muss daher wünschen, die Wirkung eines Heilmittels an Menschen zu erproben.

Am sichersten könnte die Wirkung eines Heilmittels an einem Menschen erprobt werden, der an der Krankheit leidet, die durch das Mittel geheilt werden soll. Wenn aber die Indikation zu der Behandlung noch nicht feststeht und diese erst ermittelt werden soll, so wird es naheliegen, die Wirkung des Mittels an einem *gesunden* Menschen zu prüfen. Wenn sich das Mittel an einem gesunden Menschen unschädlich erweist, so darf vermutet werden, dass das Mittel wenigstens von schädlichen Nebenwirkungen frei ist. Da die Heilmittel meist starke Gifte sind, so ist der Versuch mit solchen Mitteln gefährlich.

Der Forscher, der ein neues Heilmittel gefunden hat, geht, wenn die Versuche an Tieren günstig ausgefallen sind, in der Regel zu Versuchen an Menschen über. Er und die Fachgenossen, die mit ihm arbeiten, sind die ersten, die sich zu Versuchen hergeben. Mitunter werden auch das Dienstpersonal und dritte Personen zu Versuchen herangezogen. Sind diese Versuche glücklich abgelaufen, so wird ein Patient mit dem Heilmittel behandelt. So verfuhr z. B. *Koch* mit seinem Tuberkulin.

Die Erfahrung hat freilich gelehrt, dass Behandlungen mit Tuberkulin gewagt wurden, bevor dessen Eigenschaft *hinreichend* erprobt war.

Ausser Frage stehen Versuche, durch welche die Gesundheit der Versuchsperson sicher weder geschädigt noch ernstlich gefährdet wird. Es fragt sich aber, ob Versuche mit Heilmitteln, die die Gesundheit schädigen oder schädigen können, strafbar sind.

An sich selbst darf jedermann gefährliche wie ungefährliche Versuche anstellen; welchen Gefahren sich jemand aussetzen will, hat er mit sich selbst auszumachen, wenn nicht etwa der Staat zur Vermeidung von Unglücksfällen gewisse (polizeiliche) Vorsichtsmassregeln getroffen hat. Das ist jedoch für Experimente meines Wissens bisher nicht geschehen.

Ein Recht, die Gesundheit eines Menschen durch Experimente zu schädigen oder zu gefährden, etwa auf Grund der Bedeutung des Experimentes für die Heilkunde und für das

öffentliche Wohl, wird, soweit ich sehe, auch dem Arzte nicht zugesprochen. Dagegen wird behauptet, die Einwilligung des Verletzten zu einer Körperverletzung schliesse eine Bestrafung des Thäters aus. Ist dies richtig, so dürfen auch die gefährlichsten Experimente an Personen ausgeführt werden, die in Kenntnis der Gefährlichkeit des Versuchs dazu eingewilligt haben.

Es ist hier nicht der Ort, die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten abschliessend zu würdigen. Es mögen einige Bemerkungen zur Begründung der eigenen Ansicht genügen. Mit Unrecht behauptet *Kessler,* für die Verletzung eines Einwilligenden gelten die nämlichen Grundsätze wie für die Selbstverletzung; es sei für den Gesetzgeber kein Grund vorhanden, die Verletzung eines Menschen, der zu der Verletzung eingewilligt hat, anders zu behandeln, als die Selbstverletzung [1]). Unser sittliches Gefühl und unser Rechtsgefühl unterscheiden aber die beiden Fälle, wenigstens meiner Empfindung nach, scharf. Wir beurteilen einen Menschen, der *sich selbst* tötet oder verletzt, ganz anders, als denjenigen, der einen *andern* mit *dessen Zustimmung* tötet oder an der Gesundheit schädigt.

Wer sich selbst verletzt, gewinnt unser Mitleid; wer ihn dazu bestimmt oder ihm dabei geholfen hat, erfährt, in der Regel wenigstens, unsere Missbilligung.

Der Selbstmord schliesst eigennützige Motive aus, die Teilnahme an dem Selbstmord lässt sie zu [2]).

Den Knaben, der sich kastrieren lässt, um seine Stimme zu erhalten, bedauern wir; den Arzt, der dazu Hand bietet, verachten wir. Ist daher die *Selbst*verletzung nicht mit Strafe bedroht, so folgt daraus nicht, dass ein Mensch mit seiner Zustimmung straflos verletzt werden dürfe. Vielmehr ist die Frage auf Grund der einzelnen Gesetzgebung genau zu untersuchen.

Das *österreichische* Strafrecht hat die Frage ausdrücklich entschieden:

---

[1]) *Kessler,* Die Einwilligung des Verletzten, S. 73.

[2]) Ein österreichischer Offizier liess sein Leben zu gunsten seines Bruders hoch versichern. Durch Selbstmord sollte die Versicherung nicht hinfällig werden. Der Bruder spekulierte auf den Selbstmord. Der Offizier erschoss sich nach kurzer Zeit, wahrscheinlich mit dem Wunsch, dem Bruder die Versicherungssumme zuzuwenden. Wer wird den Offizier nicht bedauern, wer wird den Bruder nicht verurteilen?

§ 4. Das Verbrechen entsteht aus der Bosheit des Thäters, nicht aus der Beschaffenheit desjenigen, an dem es verübt wird. ***Verbrechen*** *werden also auch an Übelthätern, Unsinnigen, Kindern, Schlafenden,* ***auch an solchen Personen begangen, die ihren Schaden selbst verlangen oder zu demselben einwilligen.***

Gleichwohl besteht über die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten, insbesondere bei *Körperbeschädigungen*, Meinungsverschiedenheit.

Finger [1]) nimmt an, die Bestimmung des § 4 gelte zwar für Verbrechen, aber nicht für Vergehen und Übertretungen; er erklärt daher *schwere* Körperverletzungen, ungeachtet der Einwilligung des Verletzten, für strafbar, betrachtet aber „die *leichte,* gegen den Einwilligenden vorgenommene Körperverletzung" als „straflos". Damit gelangt zwar *Finger* zu einem befriedigenden Ergebnisse, seine Ansicht beruht jedoch auf unrichtigen Voraussetzungen.

Finger behauptet, der § 239 St. G. B. lege *nur* den Bestimmungen der *§§ 5—11* auch für den zweiten Teil des Strafgesetzbuches Geltung bei, schliesse also die Anwendung des § 4 auf *Vergehen* und *Übertretungen* aus; die Bestimmung des § 4 habe daher für Vergehen und Übertretungen keine Bedeutung. Nach § 239 sollen die Bestimmungen der §§ 5—11 (über Mitschuld [Teilnahme] und Versuch) in der Regel auch auf *Vergehen* und *Übertretungen* Anwendung finden; daraus folgt aber nicht, dass die *andern* allgemeinen Bestimmungen, die für Verbrechen aufgestellt sind, auf Vergehen und Übertretungen *nicht* angewendet werden *dürfen.*

Wenn das Gesetz die Bestimmungen der §§ 5—11 ausdrücklich auf Vergehen und Übertretungen anwendbar erklärt, und die anderen für Verbrechen aufgestellten allgemeinen Bestimmungen nicht erwähnt, so liegt es allerdings nahe, daraus zu folgern, die anderen Bestimmungen, *also auch § 4,* gelten für *Vergehen und Übertretungen nicht.* Diese Folgerung hat jedoch das Gesetz nicht gezogen und es kann auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, sie zu ziehen. Denn dann würde das Gesetz über eine Reihe der wichtigsten Verhältnisse (Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz, Irrtum [in Thatsachen], Notwehr,

---

[1]) Dr. *August Finger,* Das Strafrecht. Erster Band, 1894, S. 249.

Notstand), für den Fall, dass sie bei *Vergehen* und *Übertretungen* vorkommen, nichts bestimmen. Der Grund, warum der Gesetzgeber insbesondere die Vorschriften der §§ 1—4 nicht ausdrücklich auf Vergehen und Übertretungen anwendbar erklärte, liegt darin, dass die meisten derselben nicht ohne weiteres auf Vergehen und Übertretungen angewendet werden könnten, weil sie mit dem bösen Vorsatz bei Verbrechen in Beziehung gesetzt sind. Daraus folgt aber nicht, dass ihnen der Gesetzgeber *jede* Geltung für Vergehen und Übertretungen versagen wollte und versagt habe. Es ergiebt sich daraus nur, dass der Gesetzgeber die analoge Anwendung dieser Vorschriften auf Vergehen und Übertretungen nicht ausdrücklich geregelt hat, weil diese Regelung gesetzestechnische Schwierigkeiten darbot. Wenn daher das Gesetz in den Bestimmungen über Vergehen und Übertretungen über ein strafrechtliches Verhältnis nichts bestimmt, so hat der Richter die allgemeinen Bestimmungen über Verbrechen analog anzuwenden, wenn nicht etwa die Bestimmung sich der Natur der Sache nach nur auf Verbrechen beziehen kann, oder wenn dadurch der Satz: „Nullum crimen, nulla pœna sine lege“ verletzt würde. Wenn aber auch die Bestimmung des § 4, dass die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit des Thäters nicht ausschliesst, keine Geltung für Vergehen und Übertretungen hätte, so würde daraus noch nicht folgen, dass die Einwilligung des Verletzten bei Vergehen und Übertretungen, also auch bei leichten vorsätzlichen Körperverletzungen, strafausschliessend wirke. Diese Annahme wäre nur richtig, wenn die Einwilligung des Verletzten der Natur der Sache nach die Strafbarkeit des Thäters ausschliessen würde, was allerdings von manchen behauptet wird. Daher ist meines Erachtens die Bestimmung des § 4 auch auf Vergehen und Übertretungen, also auch auf leichte vorsätzliche Körperverletzungen, anzuwenden.

Nach einer andern Ansicht soll bei den Delikten, die eine *feindselige Absicht* des Thäters voraussetzen, also namentlich bei *schwerer Körperverletzung* (§ 152) und bei *Todschlag* (§ 140), die Einwilligung des Verletzten *thatsächlich* die Straflosigkeit des Thäters herbeiführen, weil eine Körperverletzung, die mit Einwilligung des Verletzten begangen werde, eine feindselige Absicht des Thäters ausschliesse. Da die leichte vorsätzliche Körperverletzung (§ 411) eine feindselige Absicht des Thäters

nicht voraussetzt, so gelangt diese Ansicht zu dem bedenklichen Ergebnis, dass die Einwilligung des Verletzten zwar bei schweren, aber nicht bei leichten vorsätzlichen Körperverletzungen strafausschliessend wirke. Allein auch diese Ansicht ist nicht haltbar. Denn in den §§ 140 und 152 wird nicht eine feindselige Absicht des Thäters *gegen den Verletzten* vorausgesetzt, sondern *im allgemeinen* eine feindselige Absicht. Diese feindselige Absicht wird der Absicht, zu töten, gegenübergestellt (zwar nicht in der Absicht, ihn zu töten, aber doch in anderer feindseliger Absicht). Damit erklärt der Gesetzgeber die *Absicht,* einen Menschen *zu töten,* ohne weiteres als eine *feindselige* Absicht. Der Gesetzgeber wollte also mit dem Ausdruck *feindselige Absicht* nicht eine feindselige *Gesinnung* des Thäters *gegen den Angegriffenen* bezeichnen, sondern die Natur der Handlung, auf die die Absicht des Thäters gerichtet ist, charakterisieren. Der Kassationshof erklärt demnach, die feindselige Absicht, die ein Thatbestandsmerkmal des im § 152 vorgesehenen Verbrechens bilde, sei *„als auf Misshandlung gerichtete* Absicht aufzufassen“ [1]). Mit dem Ausdruck werde auf den *indirekten Vorsatz* des österreichischen Strafrechts (§ 1) hingewiesen [2]).

Der Satz, dass die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit des Thäters bei Körperverletzungen nicht ausschliesst, erleidet daher keine Einschränkungen, er gilt auch für Vergehen und Übertretungen und findet auch Anwendung auf die Delikte, die eine feindselige Absicht des Thäters voraussetzen.

Zweifelhaft gestaltet sich die Entscheidung nach *deutschem* Reichsstrafrecht.

Es ist daher zunächst die Gesetzgebungsfrage im allgemeinen ins Auge zu fassen. Die Frage ist wohl so zu stellen: Ist die Gesundheit des Menschen ein Gut, das der Staat gegen jeden Angriff eines Dritten strafrechtlich zu schützen berufen ist, oder ist eine staatliche Strafpflicht nur begründet zum Schutze gegen Eingriffe von Dritten in die *Rechtssphäre* einer Person, die die Gesundheit schädigen? Ich meine, es sei Pflicht des Staates, Angriffe auf die Gesundheit einer Person, namentlich schwere Angriffe, an dem Thäter ohne Rücksicht auf die

---

[1]) Plenarbeschlüsse und Entscheidungen, Band 9, 1888, Nr. 1041, S. 294.

[2]) Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, 18. Auflage, Wien, Manz, 1897, Anm. 1 zu § 140.

Einwilligung des Verletzten zu bestrafen. *Binding*[1]) stimmt dieser Auffassung für schwere Körperverletzungen zu, findet aber, es könne für jeden, der das deutsche Strafgesetzbuch als ein Ganzes auslege, kein Zweifel bestehen, dass die Körperverletzung Einwilligender straflos bleiben soll.

Ist jemand durch das *ausdrückliche* und *ernstliche Verlangen* des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist nach § 216 des Reichsstrafgesetzbuches auf *Gefängnis* nicht unter 3 Jahren zu erkennen. Dagegen wäre die *schwere* Körperverletzung, die mit Einwilligung des Verletzten begangen wurde, mit *Zuchthaus* von *1—5* Jahren (§ 224) oder gar mit *Zuchthaus* von *2—10* Jahren (§ 225) zu bestrafen.

Wer dagegen einen andern *auf dessen Verlangen* zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, wird mit *Gefängnis* nicht unter einem Jahre bestraft (§ 142 a.E.). Die *Körperverletzung eines Einwilligenden* würde daher *schwerer* bestraft als die *Tötung auf Verlangen,* und *schwerer* bestraft als die *Körperverletzung,* die *auf Verlangen des Verletzten* verübt wird, um ihn *der Wehrpflicht zu entziehen.* Diese Widersprüche führen anscheinend mit Notwendigkeit zu dem Schluss, dass die Körperverletzung des Einwilligenden straflos sei.

Was aber zunächst die *Tötung* betrifft, so ist nicht die Tötung *des Einwilligenden* privilegiert, sondern nur die Tötung, zu der der Thäter durch das ausdrückliche und ernstliche *Verlangen* des Getöteten bestimmt wurde. Die mildere Behandlung *dieses,* aber *nur* dieses Falles wird durch die Erwägung gerechtfertigt, dass der Wunsch, vom Leben erlöst zu werden, unter Umständen so begreiflich und verzeihlich ist, dass auch derjenige, der den Armen erlöst, die Milde des Gesetzgebers verdient, so der *Arzt,* der dem Schwerkranken ein Schlafpulver giebt, das schmerzlos den Tod herbeiführt, so der *Soldat,* der dem schwerverwundeten Kameraden den Gnadenstoss giebt. Wenn dagegen der Getötete den Tod nicht *verlangt,* sondern zu der Tötung nur *eingewilligt* hat, so begründet die *Einwilligung* des Getöteten *keine* Strafmilderung für den Thäter. Die Ausnahme bestätigt die Regel.

Der Wunsch, *zu sterben,* ist menschlich, wer zum Tode betrübt ist, sehnt sich nach dem Tode. Aus der Sehnsucht entsteht

---

[1]) *Binding,* Handbuch des Strafrechts, I, S. 722 ff.

der Wunsch, aus dem Wunsch das Verlangen, zu sterben. Wer zu sterben verlangt und nicht im stande ist, sich selbst den Tod zu geben, verlangt von einem Dritten den Liebesdienst.

Dagegen ist der Wunsch, *am Körper verletzt* und an der Gesundheit beschädigt zu werden, der menschlichen Natur fremd. Vorsätzliche *Selbstverletzung* ist regelmässig Selbstmordversuch, wenn der Verletzende dadurch nicht einen ausserhalb der Verletzung gelegenen Zweck verfolgt, wie etwa, vom Militärdienst befreit zu werden. Es wird daher *selten* vorkommen, dass jemand ernstlich *verlangt*, an seinem Körper verletzt und an seiner Gesundheit beschädigt zu werden. Wer dieses Verlangen erfüllt, verdient die Milde des Strafgesetzgebers nicht. Noch weniger Schonung verdient die Körperverletzung, die nicht *auf Verlangen*, aber *mit Einwilligung* des Verletzten verübt wurde. Man wird in Verlegenheit sein, solche Fälle zu finden, nachdem die *ärztliche Behandlung* aus der Körperverletzung ausgeschieden ist.

Soll vielleicht der Arzt straflos sein, der eine Frau auf ihr Verlangen oder mit ihrer Einwilligung unfruchtbar macht?

Wie es sich mit dem Experiment verhält, wird noch untersucht werden. Soll derjenige, der einem andern mit dessen Zustimmung, etwa infolge einer unsinnigen Wette, einen Finger abhackt oder das Auge mit einem Stein ausschlägt, straflos sein, weil der Verletzte dazu eingewilligt hatte?

Hieraus ergiebt sich, dass es nicht ungerecht ist, wenn die *Körperverletzung des Einwilligenden*, wenn sie je vorkommt, *strenger* bestraft wird als die *Tötung*, die auf ausdrückliches und ernstliches *Verlangen* des Getöteten geschah.

Wie erklärt sich aber die Milde des Strafgesetzgebers gegen denjenigen, der einen *Wehrpflichtigen auf dessen Verlangen dienstuntauglich* macht? Ohne die Praxis zu kennen, behaupte ich, dass die *Körperverletzungen*, die einem Wehrpflichtigen *auf sein Verlangen* zugefügt werden, um ihn *von der Dienstpflicht zu befreien*, regelmässig *einfache* Körperverletzungen sind. Begreiflicherweise verlangt der Wehrpflichtige *nicht*, *schwer* am Körper verletzt zu werden, sondern *nur soweit*, als es zur Erreichung *des Zweckes notwendig* ist. Sein *Verlangen* wird daher auf eine *möglichst geringe* Körperverletzung gerichtet sein, die ihn dienstuntauglich macht. Der Chirurg, der dieses Verlangen erfüllt, würde schlecht belohnt werden, wenn er den

Wehrpflichtigen *arg verstümmeln* würde; thut er es aber aus *Ungeschicklichkeit* oder *Unvorsichtigkeit*, so hat er nicht gethan, was von ihm *verlangt* worden ist. Die *schwere* Verletzung hat er nicht *auf Verlangen* des Verletzten verübt.

Vergleicht man nun die Strafen der einfachen Körperverletzung mit den Strafen des § 142 a. E., so wird derjenige, der einen andern auf dessen Verlangen zu der Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, *strenger* bestraft, als wenn er eine *einfache* Körperverletzung begangen hätte, nämlich mit Gefängnis *nicht unter einem Jahre*, während nach § 223 auf einen Tag Gefängnis erkannt werden kann und auch im Fall des § 223*a* (wenn die That mittelst einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines gefährlichen Werkzeuges verübt wurde) das Straf*minimum* nur *zwei Monate* Gefängnis beträgt.

Die Bestimmungen über *Zweikampf* gehören nicht hierher. Wer einen Zweikampf annimmt, willigt nicht zu *Verletzungen* ein, die ihm beigebracht werden, sondern zu dem *Kampf* und zu der *Lebensgefahr*, die der Kampf *mit sich bringt*. Zu einer *Verletzung* willigt er nicht nur *nicht ein*, sondern er bietet alles auf, um eine Verletzung von sich abzuwehren und um *seinerseits* den Gegner zu *verletzen*. Giebt sich ein Kämpfender *absichtlich* der Waffe des Gegners preis, so verliert der Zweikampf seinen wahren Charakter, er wird zu einem *Schein*kampf; aber auch in diesem Fall liegt eine Verletzung eines Einwilligenden in Hinsicht auf den Verletzer nur vor, wenn dieser *wusste*, dass sich der Gegner seiner Verletzung preisgebe. Daher sind meines Erachtens die Gründe *hinfällig*, die dafür zu sprechen scheinen, dass *die Einwilligung des Verletzten* die Strafbarkeit des Thäters nach *deutschem* Reichsstrafrecht *ausschliesse*.

Somit sind *Körperverletzungen* und *Gesundheitsschädigungen*, die mit Einwilligung des Verletzten *durch Experimente vorsätzlich* herbeigeführt worden sind, nach §§ 223 u. ff. des Reichsstrafgesetzbuches strafbar. Diese Bestimmungen finden namentlich Anwendung auf vorsätzliches *Verursachen von Krankheiten* durch Experimente.

Für die Versuche, die mit *Heilstoffen* angestellt werden, kommt dagegen § 229 des Reichsstrafgesetzbuches in Frage.

§ 229. Wer vorsätzlich einem Anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit

zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden, auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen.

Kessler [1]) führt auch diese Strafbestimmung zum Beweis dafür an, dass der Satz *volenti non fit injuria* nach deutschem Strafrecht für Körperverletzung gelte. „Es kommt bekanntlich vor, dass Mediziner zum Zwecke wissenschaftlicher Experimente sich selbst Giftstoffe beibringen. Mag man darin nun eine gelinde Verrücktheit bei starker Eitelkeit, oder wissenschaftlichen Heroismus sehen, fest steht, dass es niemandem strafgesetzlich verwehrt ist, seiner Eitelkeit oder der Wissenschaft dieses Opfer zu bringen. Bedient sich aber der Betreffende zu einem solchen Experimente der Hülfe eines Fachgenossen in der Weise, dass dieser das Gift ihm einimpft, so verwirkt dieser dienstwillige Kollege nach § 229 des Strafgesetzbuches, wenn Alles gut geht, eine Zuchthausstrafe von einem bis zu zehn Jahren, wenn der Geimpfte in Siechtum verfällt, von fünf bis zu fünfzehn Jahren, und wenn er gar an dem Experimente stirbt, Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus!" Allein § 229 findet auf wissenschaftliche Versuche *überhaupt nicht Anwendung;* denn mit Strafe bedroht wird nur, wer vorsätzlich einem Anderen, *um dessen Gesundheit zu beschädigen,* Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind.

Wissenschaftliche Experimente, auch die frivolsten, werden an einem Menschen und gar an einem dienstwilligen Kollegen niemals vorgenommen, *um dessen Gesundheit zu beschädigen,* sondern um eine wissenschaftliche Thatsache festzustellen. Der Experimentierende ist bemüht, diesen Zweck zu erreichen, ohne die Gesundheit der Versuchsperson zu beschädigen. Wenn daher auch *die Einwilligung des Verletzten* eine Bestrafung des Thäters wegen Körperverletzung nach deutschem Strafrecht *nicht* ausschliesst, so ist doch das Experimentieren mit giftigen und gesundheitzerstörenden Stoffen an einem Menschen nicht als Verbrechen gegen Leib und Leben strafbar, und zwar selbst

[1]) *R. Kessler,* Die Einwilligung des Verletzten. S. 74.

dann nicht, wenn die Wirkung giftiger Stoffe an einer Person ohne ihre Zustimmung [1]) erprobt wird.

Meines Erachtens ist der Forscher *strafwürdig,* der eine Person mit ihrer Einwilligung zu einem Experiment benutzt, das sie in *Lebensgefahr* bringt. Die Einwilligung der Versuchsperson sollte aber Strafmilderung begründen.

Ein eifriger Forscher wird vielleicht kein Bedenken tragen, jüngere Fachgenossen aufzufordern, sich ihm zu Versuchen zur Verfügung zu stellen, deren Gefährlichkeit ihnen nicht vollständig bekannt ist oder die sie leichten Herzens unterschätzen. Assistenten und Praktikanten werden sich eine Ehre daraus machen, im Dienste der Wissenschaft und aus Verehrung für den Meister einen Versuch an sich vornehmen zu lassen. Die Aussicht, seinen Namen mit einer wissenschaftlichen Errungenschaft zu verknüpfen und als opferwilliger Forscher genannt zu werden, ist für ehrgeizige und für ideale Naturen verlockend. Die Eltern solcher „Versuchsmenschen" denken aber anders, und der Staat wird zu erwägen haben, ob er sich nicht auf ihre Seite stellen soll.

Es scheint, dass auch *zu Lehrzwecken* Versuche an Menschen vorgenommen werden. Neulich demonstrierte der Assistent einer Universitätsklinik in seinem Augenspiegelkurs die Wirkung von Homatropin und Cocain auf das menschliche Auge an Schulkindern, die er durch kleine Geldgeschenke bestimmt hatte, sich Homatropin oder Cocain in die Augen träufeln zu lassen. Durch die Einträufelung dieser Substanzen wird zwar das Auge jugendlicher Personen nicht geschädigt, aber die Funktionen des Auges werden vorübergehend gestört und es treten an dem Auge anomale Veränderungen auf.

Dieser Versuch war daher wenn nicht eine Körperverletzung, so doch eine *Misshandlung.* Eine Einwilligung des Verletzten kann nicht in Frage kommen, da die Einwilligung von Schulkindern zu einem solchen Versuche rechtlich bedeutungslos ist. Würde der Versuch aber nicht als eine Misshandlung der Kinder aufgefasst, so liegt doch ein rechtswidriger Eingriff in die elterliche oder vormundschaftliche Gewalt vor.

---

[1]) Ein Forscher bringt z. B. seinem Diener einen Stoff, den er erproben will, in unverfänglicher Form bei.

Die *allgemeine* besorgniserregende Bedeutung des Falles liegt nicht in der Schwere der Handlung, sondern in der *Verirrung des Rechtsgefühls* [1]), die darin zu Tage tritt.

XI.

Zur Kritik der herrschenden Lehre.

Ist die ärztliche Behandlung keine Körperverletzung, so sind die Theorien, die sich die Aufgabe stellen, den *Rechtsgrund* nachzuweisen, der die ärztlichen Körperverletzungen *rechtfertigt* und sie von der Strafpflicht ausnimmt, *gegenstandslos.* Da ich annehmen darf, es sei mir gelungen, nachzuweisen, dass die ärztlichen Behandlungen *nicht Körperverletzungen* sind, so dürfte vielleicht von einer Kritik der herrschenden Lehre, die schon vielfach berührt worden ist, Umgang genommen werden. Es scheint mir jedoch nicht überflüssig, die Irrtümer der gemeinen Meinung aufzudecken und namentlich auf die praktischen Konsequenzen der herrschenden Lehre aufmerksam zu machen, da die praktische Brauchbarkeit einer Theorie der beste Prüfstein für ihre Richtigkeit ist.

Es giebt übrigens nicht einmal **eine** *herrschende Lehre,* sondern eine Mehrheit von Theorien; diese Theorien fassen die chirurgische Operation und andere ärztliche Eingriffe übereinstimmend *als Körperverletzungen* auf, die vermöge eines im Rechte anerkannten Grundes rechtmässig seien. Dagegen gehen die Meinungen der Vertreter dieser Theorien darüber auseinander, *welches* der rechtlich anerkannte Grund sei, auf dem die Rechtmässigkeit solcher ärztlicher Körperverletzungen beruhe. Daher herrscht auch darüber Streit, *welche* ärztlichen

---

[1]) Man fordert mit Recht von dem Juristen und namentlich von dem Kriminalisten, dass ihm die Naturwissenschaften nicht fremd bleiben, und dass er sich insbesondere mit den Grundzügen der Psychiatrie bekannt mache. Dass die meisten Mediziner die ersten und einfachsten *Grundsätze des Rechts* nicht kennen, scheint bisher übersehen worden zu sein. Ich denke hier hauptsächlich an die Normen über *die persönliche Freiheit der Person.* Die gerichtliche Medizin beschäftigt sich mit den gerichtlichen Aufgaben des Arztes, aber nicht mit den Rechtspflichten, die der Arzt in Ausübung seines Berufes täglich und stündlich zu erfüllen hat.

Körperverletzungen rechtmässig seien und *unter welchen Voraussetzungen* sie rechtmässig seien. Solche Meinungsverschiedenheit über die wichtigsten Punkte spricht nicht für eine Theorie. Da jedoch die ärztliche Behandlung *überhaupt keine Körperverletzung* ist, so ist es begreiflich, dass eine Übereinstimmung darüber, *aus welchem Grunde* sie eine *rechtmässige* Körperverletzung sei, nicht gelingen will.

1. Das ärztliche Berufsrecht als Rechtsgrund.

Die zuerst von *Hugo Meyer* und nun von einer grossen Zahl von Strafrechtslehrern und Schriftstellern [1]) vertretene Ansicht, der Arzt sei *vermöge seines rechtlich anerkannten Berufes* berechtigt, den Patienten am Körper zu verletzen, beruht auf folgenden Erwägungen. Wenn der Staat die Ausübung eines Berufes gestatte, so gestatte er damit dem Inhaber des Berufes auch alle Handlungen, die zur Ausübung des Berufes erforderlich sind. Da die Ausübung des ärztlichen Berufes nicht möglich sei ohne operative Eingriffe und andere Körperverletzungen, so sei der Arzt zu *solchen* im übrigen strafbaren Handlungen *ausnahmsweise berechtigt.* Ein so gestaltetes *Berufs*recht setzt aber voraus, dass die Ausübung des Berufes nur einer beschränkten Zahl von Personen zusteht. Darf *jedermann* arznen, ist der ärztliche Beruf ein *freies Gewerbe* wie im deutschen Reich, so kann aus dem ärztlichen Beruf keine ausnahmsweise Befugnis zu Körperverletzungen abgeleitet werden. Ist die ärztliche Behandlung als solche erlaubt, so kann es nicht *der Beruf des Arznenden* sein, der sie rechtfertigt. Die Staaten, die die Behandlung von Kranken nur *geprüften* Ärzten gestatten, geben dem Arzt damit kein Recht, den Patienten an der Gesundheit zu schädigen oder am Körper zu verletzen. Wenn aber etwa die operative Behandlung eine *Körperverletzung* wäre und wenn der geprüfte Arzt befugt wäre, operative Körperverletzungen auszuführen, so müsste jeder, der *unbefugt* arznet, auch *dann* wegen *vorsätzlicher Körperverletzung* bestraft werden, wenn er eine *indizierte* Operation *nach allen Regeln der Kunst* ausführt; denn er hätte dadurch eine *Körperverletzung* begangen. Da er diese Körperverletzung nicht in Ausübung eines recht-

---

[1]) U. a. *Binding,* Handbuch, S. 722; A. 12, S. 802. *Merkel,* Lehrbuch, S. 158. *Hugo Meyer,* Lehrbuch, 5. Aufl., S. 271. *von Liszt,* 8. Aufl., S. 150.

lich anerkannten Berufes ausführte, so könnte er sich *nicht* auf das *ärztliche Berufsrecht* stützen. Es würde also für diese Körperverletzung an einem *Rechtsgrunde* fehlen, der sie von der Strafpflicht ausnimmt. Der ausländische Chirurg, der zu einer Amputation berufen wird und diese zum Wohl des Patienten vollzieht, ist nach dieser Theorie wegen schwerer vorsätzlicher Körperverletzung zu bestrafen.

Aus dem ärztlichen Berufsrecht ergeben sich *die Grenzen* der ärztlichen Berechtigung nicht. Die Theorie vom ärztlichen Berufsrecht vermag nicht anzugeben, *welche* Körperverletzungen vermöge des ärztlichen Berufes verübt werden dürfen; sie beruft sich daher auf die Regeln der Heilkunde und auf die Erfahrungen der Praxis [1]).

Wissenschaft und Praxis der Heilkunde anerkennen als ihr oberstes Prinzip den Satz: *nil nocere,* zu deutsch: „Durch die ärztliche Behandlung darf der Patient nicht an der Gesundheit geschädigt und nicht am Körper verletzt werden". Damit gelangt die Theorie, ohne sich dessen bewusst zu werden, zu dem widerspruchsvollen Schluss: Auf Grund des ärztlichen Berufsrechts ist der Arzt zu den Körperverletzungen berechtigt, die *keine* Körperverletzungen sind.

Auch *Experimente* an Menschen und Tieren sollen vermöge des *ärztlichen Berufsrechts* erlaubt sein, obwohl solche Experimente nicht zu der Ausübung des ärztlichen Berufes gehören und nicht vorzugsweise von praktischen Ärzten ausgeführt werden.

2. Die Einwilligung des Verletzten als Rechtsgrund.

a. Volenti non fit injuria.

Wenn die chirurgische Operation und andere ärztliche Handlungen *Körperverletzungen* sind und wenn eine Körperverletzung, die *mit Einwilligung des Verletzten* begangen wird, keine Strafbarkeit des Thäters begründet [2]), so ist alles, was der Arzt mit Zustimmung des Patienten an ihm vornimmt, nicht strafbar, mag es *sachlich* auch noch so verfehlt sein.

---

[1]) Vgl. die näheren Angaben darüber auf Seite 49 und 50.

[2]) Diese Ansicht wurde namentlich von *Kessler,* Die Einwilligung des Verletzten (S. 5 u. S. 76 ff.), verfochten. Das *Deutsche Reichsgericht* bekennt sich zu dieser Auffassung.

Sogar eine Bestrafung der Fahrlässigkeit des Arztes wird ausgeschlossen sein, wenn der Patient den Eingriff billigt, der von dem Arzt aus Fahrlässigkeit in der Diagnose vorgenommen wird. Wie es sich thatsächlich mit der Einwilligung des Patienten verhält, ist schon früher auseinandergesetzt worden. Da dem Patienten ein Urteil darüber, ob eine ärztliche Handlung *sachlich* geboten sei, meistens fehlt, so bekundet seine Einwilligung zu der Behandlung im Grunde nur das Vertrauen zu dem Arzt. Der Patient ist mit der Verletzung einverstanden, weil er voraussetzt, das sei die Behandlung, die sein Zustand erfordere; nur in *diesem* Sinne willigt er in die Verletzung ein. Wird der Patient aber durch die Behandlung geschädigt, so darf sich der Arzt auf die Einwilligung des Verletzten berufen, wenn dieser den Eingriff gutgeheissen hatte. Eine *sachliche* Begrenzung des ärztlichen Handelns ist nach dieser Theorie unmöglich.

Zu *unerträglichen* Konsequenzen führt diese Theorie für den Fall, dass der Verletzte zu der Verletzung *nicht* eingewilligt hat. Wenn die *Einwilligung* des Patienten *allein* der Rechtsgrund ist, der einen Arznenden zu Körperverletzungen berechtigt [1]), so sind *alle* ärztlichen Eingriffe, die *ohne Zustimmung* des Patienten vorgenommen werden, als *vorsätzliche Körperverletzungen* zu bestrafen. Holt der Arzt somit aus irgend welchem Grunde die Einwilligung des Patienten zu der Verletzung nicht ein und ergiebt sich diese nicht aus andern Umständen, oder versagt der Patient seine Zustimmung dazu, so macht sich der Arzt durch *jeden* Eingriff, mag er auch durchaus *angezeigt* sein und *kunstgerecht* ausgeführt werden, der *vorsätzlichen Körperverletzung* schuldig. Das muss selbst für den Fall gelten, dass die Einwilligung des Verletzten oder, was eher möglich ist, seines *Vertreters* nicht eingeholt werden *kann,* weil für die Behandlung *Gefahr im Verzug* ist und der Eingriff mit Rücksicht auf das *Wohl des Patienten* keinen Aufschub zulässt. Denn auch *dann* beruht die ärztliche Handlung *nicht* auf dem rechtlich anerkannten Grunde, der sie *allein* von der staatlichen Strafpflicht ausnimmt. Die Versuche, für solche Fälle durch *Präsumtionen* und *Fiktionen* eine Einwilligung des Verletzten *künstlich* zu schaffen, sind gänzlich missglückt [2]). Die Theorie führt daher

---

[1]) *Kessler,* a. a. O. S. 5.

[2]) Vgl. die Ausführungen darüber S. 34 ff.

zu Ergebnissen, die mit der *Vernunft* und mit der *Gerechtigkeit unvereinbar* sind.

b. Die Einwilligung des Verletzten als sittliche Pflicht.

Eigentümlich begründet *Hälschner*[1]) die Rechtmässigkeit operativer Körperverletzung. Er erklärt die Einwilligung des Verletzten bei Körperverletzungen grundsätzlich für bedeutungslos und fügt bei: „Die Einwilligung kann den rechtsverletzenden Charakter der Gesundheitsbeschädigung nicht aufheben, weil sie unsittlich und darum unberechtigt ist, und gerade deshalb ist sie eine berechtigte, wofern sie nicht unsittlich, sondern sittlich gerechtfertigt und gefordert ist. Als eine solche erscheint sie, wenn der kunstgemässe Eingriff in die Integrität des Körpers durch den Arzt notwendig wird, um das Leben und Dasein der Persönlichkeit selbst zu erhalten, und darum wird durch die in solchem Falle sittlich und rechtlich gerechtfertigte Einwilligung selbst die gefährlichste chirurgische Operation straflos, wenn sie nicht etwa aus anderer Rücksicht, als ärztlicher Kunstfehler, strafbar ist.“ Deutlicher spricht sich *Hälschner* in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts[2]) aus. „ . . . Damit steht nicht im Widerspruche, dass der vom Arzte zum Zwecke der Heilung verübte Eingriff in die Integrität des Körpers vermöge der Einwilligung des Kranken berechtigt und straflos ist. Weil es für den Kranken sittliche Pflicht ist zum Zwecke der Erhaltung seines Lebens sich solcher Behandlung zu unterwerfen, ist er berechtigt einzuwilligen und dem Arzte das Recht zu ihrer Vornahme zu übertragen.“

Hälschner weist also der ärztlichen Behandlung eine besondere Stellung unter den Körperverletzungen an. Er zweifelt zwar nicht daran, dass ärztliche Eingriffe *Körperverletzungen* seien, aber er anerkennt sie im Interesse des Patienten als *notwendig* und erachtet es als eine *sittliche Pflicht des Patienten*, sich der ärztlichen Behandlung zu *unterwerfen*. *Erfüllt* der Patient diese sittliche Pflicht, so ist der Arzt zu der Körperverletzung *berechtigt*; will sich aber der Patient der Behandlung

[1]) *Hugo Hälschner,* System des Preussischen Strafrechts. Bonn 1858. Erster Teil. S. 237, unten.

[2]) *Hugo Hälschner,* Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt. Erster Band. Bonn 1881. S. 471.

nicht unterziehen, so verübt der Arzt, der den Eingriff *ohne die Einwilligung* des Patienten ausführt, eine *strafbare Körperverletzung.*

Eine *sittliche Pflicht* des Patienten, sich einer ärztlichen Behandlung zu unterwerfen, kann jedoch nur aus der *sittlichen Natur der Behandlung selbst* abgeleitet werden. Die Sittlichkeit und damit wohl auch das Recht anerkennt die *Behandlung,* die das Wohl des Patienten erfordert, als berechtigt.

Konsequenterweise müsste *Hälschner* zu dem Schluss gelangen, eine solche Behandlung sei überhaupt nicht Gesundheitsschädigung und nicht Körperverletzung. Aber auch wenn er sich von der Anschauung nicht losmachen konnte, die (operative) ärztliche Behandlung sei *Körperverletzung,* so ist nicht einzusehen, warum eine ärztliche Behandlung, der sich der Patient unterwerfen *sollte,* eine *strafbare Körperverletzung* sei, wenn der Patient der sittlichen Pflicht, sich der Behandlung zu unterwerfen, nicht genügt. Eher wäre der Schluss berechtigt, der Arzt dürfe in einem solchen Falle die Behandlung auch *ohne Zustimmung* der Patienten einleiten.

Der Theorie *Hälschners* liegt jedoch der *richtige* Gedanke zu Grunde, dass der Arzt nur eine Behandlung einleiten darf, die dem Zustand des Patienten angemessen ist; denn nur für *diesen* Fall besteht eine sittliche Pflicht des Patienten, sich der Behandlung zu unterziehen. Der Einwilligung des Patienten kommt also nur insoweit eine Bedeutung zu, als sie sich auf eine *sittliche Pflicht* des Patienten gründet, sich behandeln zu lassen. Der Patient hat aber nur die sittliche Pflicht, sich der Behandlung zu unterwerfen, *die sein Zustand erfordert.* Der Richter hat somit die Rechtmässigkeit des Eingriffs *danach* zu beurteilen, ob der Eingriff *sachlich* geboten war; denn in allen andern Fällen besteht für den Patienten keine sittliche Pflicht, sich behandeln zu lassen.

Hälschner gelangt also auf Umwegen zu einem teilweise richtigen Ergebnis. Aber seine Auffassung ist künstlich und seine Begründung unnatürlich. Nicht die Pflicht des Patienten, sich behandeln zu lassen, steht in Frage, sondern das *Recht, zu behandeln,* und dieses Recht ergiebt sich aus der *Natur der Behandlung.*

3. Der ärztliche Zweck als gewohnheitsrechtliches Fundament ärztlicher Eingriffe.

Oppenheim hat in seiner akademischen Antrittsrede über „*Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden*“ [1]) zum erstenmal die Theorien über den Rechtsgrund der Körperverletzungen, die durch ärztliche Eingriffe begangen werden sollen, kritisch dargestellt und nachgewiesen, dass das *Gesetzesrecht* keine Berechtigung zu Körperverletzungen begründet, die durch ärztliche Eingriffe begangen werden [2]).

Oppenheim liess sich dadurch in der Überzeugung nicht erschüttern, dass die ärztlichen Eingriffe *Körperverletzungen* seien, und dass es einen *rechtlich anerkannten Grund* geben müsse, auf dem die *Rechtmässigkeit* solcher *Körperverletzungen* beruhe. Da es *Oppenheim* nicht gelang, im *Gesetzes*recht den Rechtsgrund ärztlicher Körperverletzungen aufzufinden, so untersuchte er, ob die Berechtigung zu körperverletzenden ärztlichen Eingriffen etwa aus dem *Gewohnheits*recht nachzuweisen sei. Dieses Vorgehen war *methodisch* richtig. Ist der ärztliche Eingriff nach dem Gesetz eine Körperverletzung, so kann die Berechtigung zu solcher Körperverletzung in Ermanglung gesetzlicher Bestimmungen nur noch im Gewohnheitsrecht begründet sein. Denn eine dritte Rechtsquelle giebt es nicht.

Oppenheim ging von folgenden Erwägungen [3]) aus:

„Nie hat ein Arzt, nie hat ein Patient, nie hat das Publikum, nie haben die Juristen oder die gesetzgebenden Faktoren an der Berechtigung ärztlicher Eingriffe gezweifelt“ .... „Zwar unsere *Gesetze schweigen* sich darüber (über die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe) aus. Aber *thatsächlich* werden die ärztlichen Eingriffe heute eben so ungestört vorgenommen wie seit undenklichen Zeiten.“ .... „Die Thatsache erklärt sich juristisch vielmehr aus sich selbst: *sie ist eine solche des Gewohnheitsrechts.*“ ....

„Wenn ich so im Gewohnheitsrecht die Quelle des Rechtes zu ärztlichen Eingriffen an Menschen finde, dann muss ich auch noch untersuchen und feststellen, wie weit die Quelle ein Recht zu ärzt-

---

[1]) Basel 1892.

[2]) An *Oppenheim* schliesst sich an: *Hermann Wolf,* Die strafrechtliche Haftbarkeit der Ärzte, Rheydt, ohne Jahrzahl, eine Erlanger Dissertation.

[3]) Ärztliches Recht, S. 17 ff.

lichen Eingriffen gibt, was das konstituirende Moment dieses Rechtes und welches die Bedingungen sind, unter welchen es vorhanden ist."

Über die *Methode* zur Feststellung des Gewohnheitsrechts bemerkt *Oppenheim:*

„Was die besonnenen Ärzte zum Wohl der Leidenden von jeher ohne Widerspruch im Namen ihrer Wissenschaft gethan, muss die Grundlage jeder Untersuchung unseres Problems bilden [1])." ..... „Wir müssen den Ärzten auf das Feld ihrer Thätigkeit folgen, müssen beobachten, wie vielfach und mannigfach sie körperliche Eingriffe an Menschen vornehmen, müssen endlich feststellen, inwieweit ihre eigene, der Patienten und des Volkes Rechtsüberzeugung diese thatsächlich geübten Eingriffe als rechtsgemäss betrachtet."

„Diese Untersuchung ergiebt nun sofort das wichtige Resultat, dass es unmöglich ist, ein- für allemal festzustellen, welche einzelnen Eingriffe der Arzt und wie er sie vornehmen dürfe. Die Beobachtung der stets fortschreitenden medizinischen Wissenschaft und des damit im Einklang stehenden ärztlichen Wirkens zeigt vielmehr, dass stets neue Eingriffe berechtigt werden und früher berechtigt gewesene — man denke z. B. an den Aderlass bei fibrösen Krankheiten oder die körperliche Züchtigung Geisteskranker nach dem System des Traitement moral von Leuret — ihre Berechtigung verlieren.

Gewohnheitsrechtlich steht nur zweierlei fest: erstens, dass körperliche Eingriffe an Kranken und Gesunden zu ärztlichen Zwecken überhaupt berechtigt sind; zweitens, dass neben dem ärztlichen Zweck noch weitere Bedingungen in den einzelnen Fällen vorliegen müssen, wenn der Eingriff ein berechtigter sein soll."

„Der ärztliche Zweck ist das gewohnheitsrechtliche Fundament des Rechtes zum ärztlichen Eingriff, das dieses Recht konstituierende Moment."

„Die neben dem Zweck erforderlichen *Bedingungen* sind bei den verschiedenen ärztlichen Zwecken und bei den einzelnen Eingriffen verschiedene, können auch durch Fortschritte der medizinischen Wissenschaft und durch einen Wechsel in der Rechtsüberzeugung des Volkes sich verändern, müssen aber jeweils — so verlangt es das Gewohnheitsrecht — vorliegen, wenn der Eingriff trotz seines ärztlichen Zwecks nicht unberechtigt sein soll."

„Die ärztlichen Zwecke geben eben nicht unbedingt, sondern nur bedingt gewohnheitsrechtlich die Befugnis zu Eingriffen an Menschen."

---

[1]) Ärztliches Recht, S. 42.

Als *ärztliche Zwecke* bezeichnet *Oppenheim* die *Heilung* und die *Linderung* von Krankheiten, *Vorbeugung* gegen Krankheiten, *Korrektur* entstellender körperlicher Mängel, *Geburtshülfe* (eventuell Abtreibung und Perforation), das *Experiment* an Kranken zu ihrer Heilung, an Gesunden und Kranken behufs Fortbildung des ärztlichen Wissens und Könnens.

Oppenheim schöpft aus dem *Gewohnheitsrecht* auch die *Bedingungen,* bei deren Vorhandensein die Berechtigung besteht, Eingriffe an Kranken oder Gesunden zu einem dieser ärztlichen Zwecke vorzunehmen.

Die *Normen,* die *Oppenheim* über den *Rechtsgrund der ärztlichen Eingriffe im Gewohnheitsrecht* aufgefunden hat, regeln die ärztliche Thätigkeit für die verschiedensten Fälle. *Oppenheim* nimmt an, *aus dem Gewohnheitsrecht* ergeben sich folgende *Sätze*[1]*:*

1. *Für die Heilung von Krankheiten* (im allgemeinen).

Niemand braucht sich, wenn er volljährig und geistesgesund ist, Eingriffen zwecks Heilung gegen seinen Willen zu unterziehen.

Ausnahme. Wer auf eine von einem schweren Unglücksfall betroffene Person stösst, kann sofort ohne Einwilligung und selbst gegen den direkt ausgesprochenen Willen des Kranken alle diejenigen körperlichen Eingriffe sofort vornehmen, welche zur Beseitigung der momentanen Gefahr erforderlich sind.

Jede *Operation,* so gross oder so geringfügig sie sein mag, erfordert die specielle Einwilligung des zu Operierenden als Bedingung.

Für die *lebensgefährlichen* Operationen unterscheidet *Oppenheim* drei Gruppen von Fällen; für jede derselben entwickelt er Bedingungen aus dem Gewohnheitsrecht.

Für *nicht operative* Eingriffe, also für die innere Behandlung, soll nach *Oppenheim* folgender Satz des Gewohnheitsrechtes gelten:

Wenn ein glaubwürdiger, zuverlässiger Arzt auf Grund wissenschaftlicher Überlegung und nötigenfalls nach Versuchen an Tieren und eventuell auch an Menschen zu der Überzeugung kommt, ein Mittel sei ein Heilmittel, so hat er das Recht, es vorderhand anzuwenden, bis ihn nicht (?) seine eigene oder fremde Erfahrung von der Schädlichkeit des Mittels überzeugt.

---

[1]) Ärztliches Recht, S. 21—38.

2. *Für die Heilung von Kranken durch körperliche Eingriffe an Gesunden.*

Der Arzt ist zu solchen Eingriffen (Transfusion, Transplantation) an Gesunden berechtigt, wenn erstens die betreffende Person ihre Einwilligung giebt, zweitens dem Gesunden durch den Eingriff voraussichtlich kein dauernder Schaden an der Gesundheit entsteht, und drittens das dem Gesunden durch den Eingriff zugefügte Übel erheblich geringer ist als das Übel des Kranken, welches geheilt werden soll.

3. *Für die Linderung von Krankheiten.*

Ein Recht zur Anwendung narkotischer Mittel besteht nur dann, wenn überhaupt eine Schmerzlinderung oder ein anderer ärztlicher Zweck erreicht werden soll.

Zwecks sog. Euthanasie dürfen narkotische Mittel angewendet werden, trotzdem sie möglicherweise oder gar wahrscheinlich den Tod beschleunigen.

4. *Für die Korrektur entstellender körperlicher Mängel.*

Leichte Eingriffe sind stets, und schwere dann berechtigt, wenn der zu beseitigende Mangel ein grosser und der erforderliche schwere Eingriff trotz seiner Gefahr bei kunstgerechter Vornahme zumeist nicht zu dauerndem Siechtum oder zum Tod führt.

5. *Für die Geburtshülfe.*

Wenn ein Konflikt zwischen dem Leben der Frucht und dem Leben der Mutter besteht, so ist der Arzt berechtigt, nach Wahl der Mutter ihr Leben durch Perforation des Kindes zu retten, oder das Leben des Kindes durch Kaiserschnitt zu sichern.

6. *Für das Experiment.*

Eine Person darf niemals ohne ihre Einwilligung zum Gegenstand eines Experimentes gemacht werden.

Experimentelle Eingriffe an Kranken, welche den Zweck haben, zu erforschen, ob ihre Krankheit durch den betreffenden Eingriff geheilt oder gelindert werden kann, sind dann berechtigt, wenn erstens der Patient oder sein gesetzlicher Vertreter seine Zustimmung giebt, zweitens, wenn auf Grund medizinisch-wissenschaftlicher Überzeugung die Möglichkeit des Gelingens des Experimentes gegeben ist, und endlich drittens, wenn die durch das Experiment erzeugte Gefahr in keinem Missverhältnis steht zu der eventuell zu heilenden oder lindernden Krankheit.

Experimentelle Eingriffe an gesunden Menschen, durch welche diese einer grossen Gefahr ausgesetzt werden, dürfen auch mit ihrer Einwilligung nicht vorgenommen werden.

Mit der Aufstellung dieser Regeln hat sich *Oppenheim* ein *bedeutendes* Verdienst erworben; wir wissen nun, wie „die besonnenen Ärzte“ oder doch die besonnenen Ärzte, die *Oppenheim* beraten hat, sich in Ausübung des ärztlichen Berufs verhalten und was sie in den wichtigsten Fällen dem Rechte gemäss erachten.

Ich selbst habe aus diesen Mitteilungen und aus den Regeln, die *Oppenheim* daraus ableitete, grossen Gewinn gezogen, und bin *Oppenheim* dafür aufrichtig dankbar. Allein den Nachweis, dass diese Verhaltungsmassregeln für den Arzt *Rechtsregeln* sind, die als *Gewohnheitsrecht* gelten, ist *Oppenheim* schuldig geblieben [1]).

Als *Gewohnheitsrecht* kann ein Satz nur gelten, wenn er der Ausdruck einer Rechtsüberzeugung des Volkes ist, wenn er in langzeitiger Übung als Recht angewendet worden ist und wenn er eine so feste Gestalt gewonnen hat, dass er gerichtlichen Entscheidungen zu Grunde gelegt werden kann [2]).

Die Regeln, die *Oppenheim* als Normen des Gewohnheitsrechts ansieht, mögen im allgemeinen den Anschauungen der Ärzte entsprechen, sie sind aber nicht in die Rechtsüberzeugung des Volkes eingedrungen und nicht als Recht angewendet worden. Die meisten Regeln, die *Oppenheim* als Sätze des Gewohnheitsrechtes hinstellt, *können* ihrer *Form* und ihres *Inhalts* wegen *nicht* Gewohnheitsrecht sein. Wenn das *Gesetzes*recht einfach und fasslich sein *soll,* so *kann* das Gewohnheitsrecht *seinem Wesen nach* nicht anders sein. Die Rechtsregel, die sich von Geschlecht zu Geschlecht ungeschrieben forterbt, *muss* einen *kurzen einfachen* Inhalt haben, der mit wenig Worten ausgedrückt werden kann. Die *Wenn und Aber*, die *Bedingungen und Ausnahmen,* die *Unterscheidungen und Aufzählungen,* die in den Regeln *Oppenheims* vorkommen, sind Gelehrtenarbeit, nicht Werke des Volksgeistes. Würde wirklich das *Gewohnheitsrecht* die Rechtmässigkeit von Körperverletzungen begründen, die durch ärztliche Eingriffe verursacht werden, so würde das Gewohnheitsrecht vermutlich etwa folgende Regel enthalten:

---

[1]) *Stooss,* Ist der ärztliche Zweck das gewohnheitsrechtliche Fundament zum ärztlichen Eingriff? Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 7. Jahrgang, 1894, S. 192 ff.

[2]) Dieses Erfordernis hebt *Merkel,* Encyklopädie, § 113, mit Recht hervor.

„Es ist erlaubt, einen Kranken durch ärztliche Eingriffe am Körper zu verletzen, wenn es sein Zustand erfordert.“

Allein dieser Satz ist dem Gewohnheitsrecht *fremd*. Das Volk betrachtet ärztliche Eingriffe, die der Zustand des Kranken erfordert, als *segensreiche* und *wohlthätige Behandlung Kranker von selbst* und *ohne weiteres* als *erlaubt;* es weiss nichts von einer *berechtigten Körperverletzung*, die durch ärztliche Eingriffe verübt wird. Das gilt auch für die *Ärzte*. Es wird den Ärzten neu sein, zu erfahren, dass ihre hauptsächliche Thätigkeit in *Körperverletzen* besteht, und dass sich die Kriminalisten noch heute darüber streiten, auf welchem Rechtsgrunde die *Berechtigung* zur Ausführung solcher *Körperverletzungen* beruhe. Gewiss denken auch die *Männer*, die berufen sind, *den Gesetzesinhalt festzustellen*, wie das *Volk*. Wer in einem gesetzgebenden Körper bei Beratung der Strafbestimmungen über *Körperverletzungen* die Frage stellen würde: „Sind auch die ärztlichen Eingriffe Körperverletzungen?“, würde mit dieser Frage Aufsehen erregen. *Jedermann*, die gelehrten *Kriminalisten* ausgenommen, würde es als *selbstverständlich* betrachten, dass die ärztliche Behandlung keine Körperverletzung ist.

Daraus folgt, dass die ärztlichen Eingriffe in dem Thatbestand über *Körperverletzung nicht* mit Strafe bedroht sind, und dass es weder des *Gesetzes-* noch des *Gewohnheits*rechts bedarf, um die *Rechtmässigkeit* ärztlicher Eingriffe erst noch zu begründen.

Die Theorie *Oppenheims* gelangt im ganzen zu richtigen Ergebnissen, da sie *die Anschauungen der ärztlichen Kreise* über das Verhalten des Arztes in der freilich irrigen Annahme, das sei Gewohnheitsrecht, in Regeln gefasst hat. Durch diese Feststellung wird jedoch kein leitendes rechtliches Prinzip gewonnen für die Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, sondern nur ein allerdings sehr wichtiges Material für die Lösung dieses Problems. Die Lösung des Problems kann dem Juristen nicht der *Arzt* geben, dessen Aufgabe es ist, Krankheiten zu erkennen und zu behandeln, sondern nur die *Wissenschaft des Rechts* und *die Gesetzgebung*.

4. Die Notwendigkeit des Eingriffs als Rechtsgrund.

Dietrich[1]) vertritt die Ansicht, die ärztlichen Eingriffe seien um deswillen erlaubt,

„weil sie die geringeren Übel und notwendigen Mittel zur Bannung solcher Übel sind, deren Nichteintritt das Gesetz selber anstrebt" (S. 66).

Deutlicher drückt sich *Dietrich* in der *Begründung* seiner Ansicht aus (S. 59):

„. . . . Er (der Arzt) muss, um die schon vorhandene Wunde zu heilen, neue Wunden verursachen, muss, um das eine Übel zu entfernen oder fernzuhalten, notwendigerweise ein anderes Übel schaffen, und darum, weil dieses künstlich geschaffene Übel notwendig und das kleinere im Verhältnis zu dem andern ist, darum und nur darum ist es erlaubt."

Damit weist jedoch *Dietrich* in keiner Weise nach, dass das Recht Körperverletzungen erlaubt, die durch ärztliche Eingriffe verursacht werden. Die einen behaupten, das *Gesetz* erlaube dem *Arzt vermöge seines Berufes* Körperverletzungen, andere meinen, das *Gesetz* erlaube, die *Person*, die *dazu eingewilligt* hat, am Körper zu verletzen; *Oppenheim* nimmt an, das *Gewohnheitsrecht* anerkenne die Rechtmässigkeit von Körperverletzungen, die zu *ärztlichen Zwecken unter bestimmten, gewohnheitsrechtlich anerkannten Bedingungen* vorgenommen werden; *Dietrich* aber behauptet lediglich, die ärztlichen Eingriffe sind erlaubt, *weil sie notwendig sind.* Er übersieht also, dass ärztliche Eingriffe, wenn sie (wie es Dietrich annimmt) *Körperverletzungen* sind, nur durch einen *Rechtssatz* als *berechtigt* anerkannt werden können, und dass dieser Rechtssatz aus einer *Rechtsquelle* nachzuweisen ist.

Dietrich hat also das Problem, das er lösen wollte, nicht erfasst. Darauf deuten auch einige Ausführungen in der Begründung seiner eigenen Ansicht, namentlich folgende (S. 58):

„Stelle man sich nur ein Gesetz vor, welches die Tötung, die Körperverletzung und Entstellung, die Zufügung des geringsten Schmerzes

---

[1]) *H. Dietrich,* Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, Diss., Fulda 1896, S. 57—66.

untersagt, und den Frevler, der sich solcher Verbrechen schuldig macht, hart bestraft, das aber zugleich die künstliche Heilung der todbringenden oder nicht tödlichen Wunde, die Wiederbrauchbarmachung des schlecht geheilten und infolge davon gekrümmten Fingers, die Linderung der durch die geschlagene Wunde verursachten Schmerzen verbieten und strafrechtlich ahnden wollte! Wäre das nicht absurd? Vor dem Gesetze ist die Verfolgung der ärztlichen Zwecke ganz selbstverständlich erlaubt; es kann und will sie nicht verbieten."

Was anderes aber würde es thun, wenn es die ärztlichen Eingriffe, die chirurgischen Operationen verbieten wollte?

Damit bin ich vollkommen einverstanden. Wenn aber die ärztlichen Eingriffe *im Gesetze nicht verboten* sind, so können sie vor dem Gesetze auch nicht *Körperverletzungen* sein. Dann ist es begreiflich, warum *Dietrich* annimmt, es bedürfe nicht der Annahme eines derogierenden Gewohnheitsrechtes, wie es *Oppenheim* konstruire (S. 66), vielmehr seien die ärztlichen Eingriffe als *notwendige Behandlung* [1]) erlaubt.

Wenn *Dietrich* die ärztlichen Eingriffe dennoch mit aller Entschiedenheit als *Körperverletzungen* erklärt, so kann er damit nur sagen wollen, die ärztlichen Eingriffe seien in Hinsicht auf die Operationswunde *Verletzungen des Körpers*, aber nicht *Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes.*

Dann steht fest, dass *Dietrich* die *Auffassung*, die ich vertrete und die er heftig bekämpft, ohne es selbst zu wissen *teilt*, und dass er die ärztlichen Eingriffe nicht als Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes ansieht, und deshalb, ebenso wie ich, die Frage, aus welchem Rechtsgrunde ärztliche Eingriffe *rechtmässige Körperverletzungen* seien, als *gegenstandslos* betrachtet.

---

[1]) Denn das und nichts anderes bedeutet dann seine Formel.

XII.

Eine gesetzgeberische Lösung des Problems.

Das Strafgesetzbuch (Criminal Code) von *Neuseeland* (1893) enthält in § 69 folgende Bestimmung[1]):

Geschützt gegen strafrechtliche Verfolgung ist derjenige, welcher zum Nutzen eines andern an demselben mit der erforderlichen Sorgfalt und dem nötigen Geschick eine nach Lage der Sache und dem Zustande des Patienten vernünftige ***Operation*** *ausführt.*

Diese Bestimmung steht unter dem Titel: *Matters of justification or excuse.* Unter demselben Titel werden behandelt: Jugend, geistige Störung, Zwang, amtliche Eigenschaft, Notwehr, häusliche Disciplin, Einwilligung des Verletzten, Ausführung von Gesetzen. Es handelt sich also um Verhältnisse, unter denen die Vornahme einer sonst strafbaren Handlung gerechtfertigt oder entschuldigt wird. Demnach scheint der Strafgesetzgeber von Neuseeland Operationen an sich als körperverletzende Handlungen anzusehen; aber er nimmt diese Handlungen von dem Thatbestand der Körperverletzung aus, wenn sie:

1. zum Nutzen eines andern,
2. mit der erforderlichen Umsicht und dem nötigen Geschick ausgeführt werden, und
3. nach Lage der Sache und nach dem Zustande des Patienten vernünftig sind.

Das Bedeutsame dieser Bestimmung ist, dass die Operation *aus ihrer Natur* gerechtfertigt wird und nicht aus Verhältnissen, die in der Person des Operateurs oder des Patienten vorhanden sind. Der Bestimmung des Strafgesetzbuches von Neuseeland liegen die Gedanken zu Grunde, die in dieser Arbeit vertreten werden. Entscheidend ist, dass die Operation dem Patienten

[1]) Herr Professor *Teichmann* in Basel teilte mir diese Bestimmung nach Abschluss der Arbeit aus den Korrekturbogen des Werkes: *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart,* im Auftrage der Internationalen kriminalistischen Vereinigung herausgegeben von *von Liszt,* Bd. II, S. 304, freundlichst mit; auf seine Veranlassung stellte mir Herr Dr. *Georg Crusen* in Berlin die Korrekturbogen gütigst zur Verfügung. Beiden Herren danke ich herzlich.

zum Wohle dient, also in meinem Sinne *ärztliche Behandlung* ist, dass sie nach Lage der Sache und nach dem Zustande des Patienten vernünftig ist, also in meinem Sinne, dass die Operation *nach Indikation* ausgeführt wird, endlich, dass die erforderliche Sorgfalt und das nötige Geschick angewendet werde, also unter pflichtgemässer Vermeidung schädlicher Erfolge *(nil nocere)*.

Obwohl das Strafgesetzbuch von Neuseeland durch das *englische* Strafrecht stark beeinflusst ist, so scheint doch die Bestimmung über chirurgische Operation nicht aus dem englischen Strafrecht zu stammen [1]).

Wenn eine Gesetzgebung eine Bestimmung wie den § 69 des St. G. B.'s von Neuseeland enthält, so ist meinen Anforderungen *praktisch* Genüge geleistet. Denn dann kann ein Operateur, der eine vernünftige Operation vornimmt, auch dann nicht wegen Körperverletzung bestraft werden, wenn er sie ohne Zustimmung des Patienten ausführte.

Ob eine Operation eine strafbare Körperverletzung sei, hängt dann überall von der Natur der Handlung ab. Ich bleibe aber dabei, dass eine vernünftige ärztliche Behandlung keine Körperverletzung oder Misshandlung im Sinne des Strafgesetzes ist.

---

[1]) Nach *englischem* Strafrecht ist die Rechtswidrigkeit der Tötung oder Körperverletzung durch Operation nach den Angaben von Dr. *Ernst Schuster* (Strafgesetzgebung der Gegenwart, Bd. I, S. 625) ausgeschlossen (sofern sachverständige Hülfe angewendet wird), wenn der Patient oder sein Gewalthaber in die Operation einwilligte oder sein Gesundheitszustand ihm eine Einwilligung unmöglich machte.

Interessant ist die Bestimmung des Strafgesetzbuches der englischen Goldküste von 1892 (§ 17), «dass eine Wunde oder schwere Verletzung durch die erteilte Einwilligung nur gerechtfertigt wird, wenn es sich um einen ärztlichen Eingriff handelt». (Die Strafgesetzgebung der Gegenwart, Bd. II, S. 348.)

Anhang.

Urteile des Landgerichts zu Hamburg und des III. Strafsenates des Deutschen Reichsgerichts gegen einen Arzt, der ein Kind gegen den Willen des Vaters operierte und eine Meinungsäusserung eines Arztes über den Fall.

I.

Erstes Urteil
der
Strafkammer III des Landgerichts zu Hamburg vom 2. Februar 1894 gegen Dr. med. W. wegen Körperverletzung.

In der Strafsache gegen Dr. med. W. wegen Körperverletzung hat die Strafkammer III des Landgerichts zu Hamburg in der Sitzung vom 2. Februar 1894, an welcher Theil genommen haben:
pp.
für Recht erkannt:

Der Angeklagte wird von der erhobenen Anklage freigesprochen. Die Kosten einschliesslich der dem Angeklagten erwachsenen nothwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

Gründe:

Die Verhandlung hatte folgendes Ergebniss:

In einer hiesigen Poliklinik, an welcher der Arzt Dr. L. thätig ist, wurde die 7jährige Tochter des Zeugen K. behandelt. Die Diagnose lautete auf Vereiterung der Fusswurzelknochen auf tuberkulöser Grundlage. Dr. L. hielt eine Operation für nothwendig. Da er in Folge beschränkter Raumverhältnisse für die Lagerung von Kranken die Operation nicht selbst vornehmen wollte, stellte er der Mutter des Kindes die Nothwendigkeit der Verbringung desselben in das Vereinshospital am Schlump zur Vornahme der Operation vor. Die Mutter erklärte sich mit der Verbringung einverstanden und widersprach auch der in Aussicht gestellten Operation nicht. Am 13. Juni 1893 kam das Kind ins Vereinshospital. Der Oberarzt der chirurgischen Abtheilung desselben, der Angeklagte, stellte dieselbe Diagnose, wie Dr. L., und beschloss gemäss den Grundsätzen der conser-

vativen Chirurgie, welche möglichst den erkrankten Körpertheil zu erhalten strebt, zunächst nur eine Resection der erkrankten Knochen vorzunehmen und zu versuchen, auf solche Weise die völlige Amputation des Fusses zu vermeiden. Die Vornahme der Operation zögerte sich in Folge von Zufälligkeiten hin. Sie erfolgte erst am 23. Juni 1893. Es zeigte sich, dass ein grosser Theil der Fussknochen völlig vereitert waren. Dieselben wurden entfernt. Bei der Heilung der Wunde bildete sich eine unbedeutende Eiterfistel. Dieselbe wurde nach einiger Zeit vom Angeklagten durch einen weiteren operativen Einschnitt geöffnet. Des weiteren stellte sich heraus, dass die Resection dem Weiterfortschreiten der Krankheit keinen Einhalt gethan hatte, aufs neue wurden Fussknochen von der tuberkulösen Infection ergriffen. Deshalb vernothwendigte sich schliesslich die Amputation des Fusses, die am 28. Juli 1893 von dem derzeitigen Vertreter des Angeklagten, Dr. B., vorgenommen wurde. Nach der Amputation besserte sich der Zustand des Kindes. Die Krankheit war beseitigt. Tuberkulöse Erscheinungen sind nicht wieder aufgetreten. Die Kräfte haben zugenommen, das Befinden ist gut, und das Kind entwickelt sich körperlich normal.

Die Operation des Fusses war nach den Grundsätzen der medicinischen Wissenschaft zweckmässig und sogar nothwendig. Alle medicinischen Sachverständigen haben dieses in der Hauptverhandlung mit Uebereinstimmung bekundet. Ohne operativen Eingriff hätte sich die tuberkulöse Infection weiterverbreitet. Das Kind wäre abgemagert, edle Theile wären ergriffen, es wäre chronischem Siechthum und schliesslich dem Tode entgegengegangen. Dies konnte nur durch einen operativen Eingriff — durch solchen aber mit recht grosser Sicherheit — vermieden werden. Es war richtig, ehe zur völligen Amputation geschritten wurde, zu versuchen, ob durch Resection der erkrankten Knochen die Infection zu beseitigen wäre. Die Operation war eine häufig vorkommende und nicht gefahrvoll.

Nach der Behauptung der Anklage soll die Operation gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Vaters vorgenommen sein. Damit soll der Thatbestand der Körperverletzung gegeben sein.

Das Gericht ist der Meinung, dass, selbst wenn die Operation gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des gesetzlichen Vertreters des Kindes, des Vaters, vorgenommen ist, eine strafbare Körperverletzung nicht vorliegt. Der strafbaren Körperverletzung ist schuldig, wer vorsätzlich einen Andern körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt.

Das Kind ist nicht an der Gesundheit beschädigt. Die Operation hat auf die Gesundheit des Kindes günstig eingewirkt. Die Schmerzen im Fusse, das Gefühl der Spannung, die auf den Zustand des Kindes ungünstig einwirkten, liessen nach. Auf Grund der ärztlichen Gutachten ist dem Gerichte erwiesen, dass die Gesundheit des Kindes von der Operation an bis heute weder jemals schlechter gewesen ist, als sie in diesem Zeitraum gewesen wäre, wenn die Operation nicht vorgenommen wäre, noch schlechter, als sie in den letzten Monaten vor der Operation war. Da eine Gesundheitsbeschädigung auch von keiner Seite behauptet ist, bedarf es in dieser Beziehung keiner weiteren Ausführung.

Das Kind ist auch nicht körperlich misshandelt. Das ist allerdings anzuerkennen, dass nicht in Betracht kommt, ob das Kind in Folge der Chloroformnarkose keine Schmerzen empfunden hat, und dass überdies das Kind nachher sogar sogenannte Wundschmerzen gehabt hat. Es handelt sich um die Definition des Begriffs misshandeln. Das Landgericht schliesst sich den Ausführungen des Reichsgerichts im 19. Bande der Entscheidungen pag. 139 an: «Das Gesetz giebt keine Definition dieses Begriffes, lässt also den Sprachgebrauch des Lebens entscheiden, und im gewöhnlichen Sprachgebrauche versteht man unter «Misshandeln» ein Behandeln wie es nicht sein sollte, ein unangemessenes, schlimmes, übles Behandeln» u. s. w. Wie ähnliche Composita ergeben, hat das Präfix «miss» diesen Sinn des Unangemessenen, Ueblen, Schlimmen, Unrichtigen überall in der deutschen Sprache.

Es wirft sich die Frage auf, ob diese Qualification, die durch das «Miss» ausgedrückt ist, darin gefunden werden kann, dass die Behandlung gegen den Willen des Vaters — wie supponirt — erfolgt ist. Die Frage ist zu verneinen. Denn es ergiebt sich nach der herrschenden, auch vom Reichsgerichte wiederholt gebilligten Meinung, dass es für den Begriff der Körperverletzung nicht darauf ankommt, ob der Verletzte in die Vornahme der Verletzung eingewilligt hat. Wer einen Anderen mit einem Messer sticht, ist strafbar wegen Körperverletzung, einerlei, ob der gestochene einverstanden war, oder nicht. Falls dieser Grundsatz überhaupt gilt, ist er auch auf den operativen Schnitt des Arztes anzuwenden. Es giebt keinen Grund, ihn von diesem Gebiete auszunehmen. Deshalb muss für die Entscheidung über die Subsumtion einer Operation unter den Begriff der Körperverletzung ausser Betracht bleiben, ob Einwilligung des Operirten vorliegt oder nicht. Danach muss die Qualification der Behandlung als einer üblen in etwas anderem zu suchen sein.

Sie kann nur darin gefunden werden, dass die Thätigkeit, die eine Misshandlung sein soll, sich als eine falsche, unvernünftige, unvortheilhafte für den Behandelten darstellen muss. Das Resultat entspricht vollkommen dem Sprachgebrauche, der auch nur in einer falschen Behandlung eine Misshandlung erblickt. Demnach kann der Arzt, der einen Kranken falsch behandelt, sich einer strafbaren Körperverletzung schuldig machen. Es ist aber zu verneinen, dass in einer zweckmässigen, vernünftigen, ja nothwendigen Behandlung mittels operativen Eingriffs eine Misshandlung des Körpers des Operirten erblickt werden kann. Nothwendig war aber die Operation, wie bereits ausgeführt, vielleicht konnte ein Aufschub um einige Tage ohne Schaden erfolgen, weil die Infection nicht rasch um sich griff, aber wenigstens im Laufe der nächsten Wochen musste etwas geschehen, — und vortheilhaft war es, wenn der Eingriff möglichst bald erfolgte. Nach Allem ist eine Behandlung, die den Zustand des behandelten Organismus verbessert, nicht als Misshandlung anzusehen.

Da*gegen* kann nicht angeführt werden, dass das Publikum gegen willkürliche Eingriffe von Aerzten geschützt werden müsse. Vielleicht mag das *de lege ferenda* zu bedenken sein. Solche Argumentation kann aber nicht dazu führen, in den § 223 St. G. B. etwas hineinzutragen, was nach dem logischen Zusammenhang der Bestimmung nicht in derselben zu finden ist.

Nach Allem war auch nach der mehrerwähnten Supposition der Angeklagte freizusprechen.

Weiter sind aber noch folgende Thatsachen in der Verhandlung festgestellt, und zwar in Beziehung auf das Verbot des Vaters.

Die Mutter des Kindes ist in den Tagen nach dem 13. Juni mehrfach im Vereinshospital gewesen und hat sich erkundigt, ob denn die Operation noch nicht vorgenommen sei. Sie war also offenbar mit der Operation einverstanden. Der Vater dagegen behauptet, aus innerer Ueberzeugung ein Feind jeder Operation, vielmehr Anhänger der Naturheilmethode zu sein. Er ging deshalb am 20. oder 21. Juni in die Privatwohnung des Dr. W. Er erklärte diesem, dass er nicht wolle, dass das Kind operirt werde. Lieber, als dass das Kind ein Krüppel werde, wolle er es todt sehen. Angeklagter stellte ihm vor, wie unvernünftig und für das Kind Schaden bringend sein Entschluss sei. Beide gingen denn auch in Frieden auseinander. Angeklagter ist der Meinung, dass der Vater in die Operation eingewilligt habe, während der Zeuge als Ergebniss der Unterredung referirt, es sei ihm zugesagt, dass die Operation in den nächsten Tagen nicht vorgenommen werde. Sein Einverständniss mit der Operation will er nicht erklärt haben. Am 22. Juni ging sodann der Zeuge ins Hospital und sprach daselbst die Schwester C. Wie diese erklärt, hat K. ihr klar und deutlich ausgesprochen, er wolle eine Operation nicht erlauben. Die Schwester will dies am selben Tage dem Dr. W. mitgetheilt haben. Dieser jedoch will sich der Mittheilung nicht erinnern können. Das Gericht schenkt dieser Angabe des Angeklagten Glauben, weil ein Missverständniss oder ein Ueberhören nicht völlig ausgeschlossen erscheint. Am folgenden Tage kam K. wiederum ins Hospital, um nunmehr sein Kind abzuholen. Als er kam, war das Kind bereits für die Operation chloroformirt. Die Aerzte, Angeklagter, Oberstabsarzt Dr. K. und Dr. G., Letztere als Assistenten, waren bereit, den ersten Schnitt zu thun. Da erschien die Schwester O. im Saale und meldete: «Der Vater ist da und will sein Kind holen.» Wie Dr. K. bekundet, antwortete Dr. W.: Es ist jetzt zu spät; ich werde später mit dem Manne sprechen. Die Schwester theilte dies dem K. mit, indem sie ihn aufforderte, zu warten. Unterdessen wurde die Operation vorgenommen.

Nach der Sachlage ist kein Zweifel, dass, als die Schwester O. mit der Botschaft in den Saal trat, man von der Operation hätte Abstand nehmen können. Es war noch kein Schnitt gethan. Der Angeklagte erklärt, er habe den Willen des K. nicht für einen ernsten gehalten.

Dem Gerichte ist erwiesen, dass Angeklagter unter dem Eindruck stand, dass der Zeuge aus Hartnäckigkeit und Mangel an Verständniss wohl anfangs eine Operation nicht gebilligt habe, dass es jedoch vernünftigem Zureden gelungen sei, sein Einverständniss zu erreichen, dass er wohl hin und wieder vorübergehend in seine alte Meinung zurückfalle, dass es jedoch gelingen werde, wie es bisher gelungen sei, nachträglich K. wieder umzustimmen. Dessen freilich war Angeklagter sich bewusst, dass in jenem Augenblick, als die Schwester in den Operationssaal trat, K. eine Operation nicht wollte. Er wollte sein Kind holen. Das konnte nur so verstanden werden, dass K. sein Kind *jetzt* holen wollte, um eine

Operation zu vermeiden. Darauf deutet auch ganz klar die Antwort: Jetzt ist es zu spät.

Diesen Willen, den der Zeuge derzeit durch die Schwester O. mittheilen liess, hielt der Angeklagte für eine vorübergehende Aufwallung des Zeugen. Das Gericht ist hiervon überzeugt, weil K. zunächst (nemlich bis zum 21. oder 22. Juni 1893) gegen die Verbringung und Aufnahme des Kindes ins Hospital, die ja ausdrücklich zum Zwecke einer Operation erfolgte, nicht remonstrirt hatte, weil er sodann, wie Angeklagter überzeugt war, durch die Unterredung sich zu einer Einwilligung hatte bestimmen lassen, und weil derselbe gleichzeitig daraus ersehen hatte, dass der Zeuge ein aufgeregter, auffahrender Mensch ist, der plötzlichen Willensimpulsen folgt, der sich auch in eine Meinung verrannt hatte, der aber doch noch vernünftigen Auseinandersetzungen zugänglich war.

Sonach glaubte Angeklagter aus seinen Erfahrungen mit dem Zeugen entnehmen zu können, dass es sich bei demselben um eine plötzliche Aufwallung, um einen vorübergehenden Willensimpuls, um einen Rückfall in eine frühere Meinung handle und dass er grosse Wahrscheinlichkeit und gegründete Aussicht habe, ja sogar der Zuversicht sein könne, den Zeugen umzustimmen, nachträglich mit dem Geschehenen sich einverstanden zu erklären.

Diesem Thatbestande glaubte das Gericht entnehmen zu müssen, dass der Angeklagte das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung nicht gehabt habe. Er glaubte, dass der Wille des Zeugen kein ernster sei, dass er auf einen solchen nicht die Rücksicht zu nehmen habe, die er einem wirklichen, ernsten Willen allerdings schulde — und zwar ganz besonders um deswillen, weil durch solche Rücksichtnahme die Gefahr der Schädigung der Gesundheit des Kindes herbeigeführt wäre. Daran, dass der Zeuge später vielleicht sich nicht einverstanden erklären werde, hat Angeklagter nicht gedacht. Er hat nur daran gedacht, dass er ihn aller Wahrscheinlichkeit nach zur Bereitwilligkeit zur Zustimmung bewegen werde.

Hierin hat das Gericht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht finden zu sollen geglaubt.

Dann war Angeklagter auch aus diesem Grunde freizusprechen.

Die Kostenfrage regeln §§ 496 ff. St. P. O. Da die Freisprechung auch aus einem Rechtsgrunde erfolgte, erschien es angemessen, den Ersatz der nothwendigen Auslagen des Angeklagten anzuordnen.

Folgen Unterschriften.

II.

Urteil

des

III. Strafsenates des deutschen Reichgerichts vom 31. Mai 1894 (Auszug).[1])

Zunächst erscheint es verfehlt, mit der Vorinstanz den zum Zweck des Heilverfahrens vorgenommenen chirurgischen Eingriffen in die Unversehrtheit des Körpers und der Gliedmassen eines Menschen schon um deshalb objektiv den Charakter einer unter § 223 des Strafgesetzbuches fallenden «Misshandlung» absprechen zu wollen, weil nach gewöhnlichem Sprachgebrauche unter «*miss*handeln» lediglich ein unangemessenes, schlimmes oder übles, niemals aber ein an sich vernünftiges und zweckmässiges Handeln zu verstehen sei. Als man statt der mehr kasuistischen Fassung des § 187 des preussischen Strafgesetzbuches:

> «wer vorsätzlich einen anderen stösst oder schlägt, oder demselben «*eine andere Misshandlung* oder *Verletzung des Körpers* zufügt»

die jetzige Formulierung des § 223 des Strafgesetzbuches wählte:

> «wer vorsätzlich einen anderen körperlich *misshandelt* oder an der «*Gesundheit beschädigt*»

wollte man mit dem Ausdrucke «körperlich misshandeln» im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten *Verletzungen* zusammenfassen. Dass dazu auch entstellende Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit mindestens in ihren wesentlichen Bestandteilen, also erheblichere Substanzverletzungen, der Verlust einzelner Gliedmassen u. dgl. zu rechnen sind, kann angesichts des § 224 des Strafgesetzbuches nicht zweifelhaft sein.

Dass die Norm des § 223 des Strafgesetzbuches *rechtswidriges* Handeln voraussetzt, ist freilich gewiss, und daraus wird zu folgern sein, dass eine nicht rechtswidrig zugefügte Körperverletzung keine strafbare Misshandlung ist. Unhaltbar aber ist es, das «nicht rechtswidrige» darein setzen zu wollen, dass der *Zweck* oder gar der *Erfolg* der Körperverletzung sich als dem Verletzten heilsam, als vernünftig darstelle. Objektiv rechts*widrig* ist jedes an sich normwidrige Handeln, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges *Recht* zur Seite steht. Dass jemand nach eigener Überzeugung oder nach dem Urteile seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen als dieser selbst, dessen körperliches oder geistiges Wohl durch geschickt und intelligent angewendete Mittel vernünftiger fördern zu können, als dieser es vermag, gewährt jenem entfernt nicht irgend eine *rechtliche*

---

[1]) Von welchen rechtlichen Voraussetzungen hängt die Strafbarkeit oder Straflosigkeit von Körperverletzungen ab, welche zum Zwecke des Heilverfahrens von Ärzten bei operativen Eingriffen begangen werden?

Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des anderen einzugreifen, diesem Gewalt anzuthun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstande gutgemeinter Heilversuche zu benutzen. Das Absurde einer solchen Unterstellung springt mit besonderer Schärfe in die Augen, wenn man erwägt, dass das hier behauptete, durch den vernünftigen Zweck begründete «Recht», will man demselben überhaupt einen Sinn beilegen, folgerichtig dahin führt, das subjektive Belieben, den rein subjektiven guten Glauben des Einzelnen an seine Fähigkeit und Geschicklichkeit im Wohlthun zum rechtsbildenden, Rechte schaffenden und Rechtsnormen aufhebenden Faktor zu erheben. Was hier von der Vorinstanz jedem Arzte jedem Kranken gegenüber als «Recht» zu Körperverletzungen und Misshandlungen eingeräumt wird, würde mit der gleichen logischen Notwendigkeit jedem, der sich für heilkundig *hält,* jedem gegenüber, den er für krank *ansieht,* zuzugestehen sein. Weshalb beispielsweise das, was dem Arzte um seiner physischen Heilzwecke willen ohne weiteres erlaubt sein soll, nicht ebenso dem um das Heil der Seele besorgten Geistlichen zu gestatten ist, und weshalb der vernünftig-humane Zweck nur Körperverletzungen, nicht auch Freiheitsberaubung, Nötigung, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch und zahlreiche ähnliche Delikte aus dem Bereiche rechtswidriger Handlungen herauszuheben geeignet ist, bleibt in diesem Gedankengange dunkel. Nicht minder schwierig würden sich auf dem Boden der vorinstanzlichen Rechtsanschauungen die Konflikte gestalten, wenn *gleichzeitig mehrere* Heilkundige sich *denselben* Patienten zum Objekte eines gleich rationellen, nur in der Methode verschiedenartigen Heilverfahrens auserlesen haben, und entschieden werden soll, welchem von ihnen das bessere «Recht» beiwohnt. — Vollends untauglich für das Strafrecht gestaltet sich aber der Gesichtspunkt, nach den unberechenbaren Zufälligkeiten des *Erfolges,* also nach den der That in unbestimmter Zukunft nachfolgenden Eventualitäten *begrifflich* unterscheiden zu wollen, ob eine an sich alle gesetzlichen Merkmale des § 223 des Strafgesetzbuches an sich tragende Körperverletzung ein Delikt darstellt oder nicht.

Der gelegentlich in der Doktrin gemachte Versuch, ein sogenanntes *Berufsrecht* des Arztes an sich, oder doch des staatlich *approbierten* Arztes zur selbständigen Grundlage irgend welcher dem letzteren über den Körper von Kranken zustehenden originären Befugnisse zu erheben, erscheint für sich allein ebenso unzureichend, als leitender Grundsatz für die Lösung der hier zu entscheidenden Fragen zu dienen. Innerhalb des heute geltenden öffentlichen Rechtes Deutschlands ist der Betrieb der Heilkunde ein freies Gewerbe, das jedermann ohne Rücksicht auf Kenntnisse, Vorbildung, Erfahrung, Geschick, Verleihung etc. offen steht. Den «Beruf» hierfür besitzt jeder, der sich selbst solchen Beruf zuschreibt. Nachdem der letzte Rest der früher mit dem ärztlichen Stande verbunden gewesenen öffentlich-rechtlichen *Pflichten* durch die deutsche Gewerbeordnung beseitigt worden ist, kann ebensowenig mehr von irgend welchen aus dem freien Berufe entspringenden *Rechten* gesprochen werden. Die «Approbation», wie sie § 29 der Gewerbeordnung regelt, gewährt nur eine Befugnis, den *Titel* «Arzt» u. dgl. zu führen, und eine gewisse Qualifikation, amtliche Funktionen anvertraut zu erhalten; bezüglich der Berufs*rechte* und Berufs-

pflichten unterscheidet sich im übrigen der approbierte Arzt in nichts von dem nicht approbierten Arzt. In jedem Falle ist nicht abzusehen, wie die sogenannte «Approbation» die Kraft besitzen könnte, ursprünglich und ohne weiteres irgend ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen dem Arzte A und dem Patienten B zu begründen, und wie unter den zahlreichen «approbierten» Ärzten gerade *diesem* Arzte Gewaltherrschaft über *diesen* Patienten entstehen soll. Auch wäre es ein befremdlicher Rechtssatz, die Privilegien der Straflosigkeit, welche man jedem von einer deutschen Behörde geprüften und «approbierten» jungen Chirurgen für seine operativen Experimente bereitwillig zugesteht, dem vom Auslande herbeigerufenen erprobten Operateur nur um deshalb zu versagen, weil ihm die deutschrechtliche «Approbation» abgeht.

Im übrigen vermögen auch die Anhänger selbständiger ärztlicher *Berufsrechte* sich der Erkenntnis nicht zu verschliessen, dass unter allen Umständen diese freien *Rechte* ihre Schranke in dem entgegengesetzten *Willen* des verfügungsfähigen Kranken, dessen Angehörigen oder sonstigen rechtlichen Repräsentanten finden. Muss man aber diese Beschränkung einräumen, dann liegt darin auch das Zugeständnis, dass es an sich nicht das Berufs*recht* des Arztes ist, sondern in erster Reihe der *Wille* des Kranken ist, welcher den ersteren legitimiert, Körperverletzungen straflos zu verüben, wo sie, von irgend einem dritten verübt, zu strafbaren Delikten werden, dass der ärztliche Beruf als solcher, die mit ihm verknüpften Qualitäten des Wissens und Könnens, Sachkunde, Erfahrung, Geschick, staatliche Anerkennung immerhin dazu angethan sind, dem den Arzt an das Krankenbett berufenden Rechtswillen einen vernünftigen, sittlich beachtenswerten Inhalt zu verleihen, dass es aber grundsätzlich und wesentlich diese auf privater Willkür ruhende *Berufung,* nicht der gewerbliche *Beruf* als solcher ist, aus dem die rechtlichen Prärogativen des Arztes seinem Patienten gegenüber entstammen.

Es bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung der Frage, inwieweit die Einwilligung des Verletzten als *allgemeines* Prinzip tauglich ist, ein Kriterium der Rechtsmässigkeit beziehungsweise Rechtswidrigkeit gewisser Handlungen abzugeben, ob insbesondere das Delikt der Körperverletzung schlechthin beziehungsweise der leichten oder einfachen Körperverletzung durch die *Einwilligung* des Verletzten aufgehoben wird, und welche Bedeutung in dieser Beziehung der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts beiwohnt. (Vergleiche Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 2, Seite 442, Bd. 6, Seite 61.)

Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten wird innerhalb der Sphäre des bürgerlichen wie des peinlichen Rechtes an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung unter allen Umständen als dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkte festzuhalten sein. Mag man es Auftrag, Vollmacht, Dienstmiete, Werkverdingung oder wie sonst nennen, in jedem Falle ist es der Wille des Kranken beziehungsweise seiner Angehörigen und gesetzlichen Vertreter, welcher überhaupt gerade *diesen* Arzt beruft, die Behandlung *dieses* Kranken zu übernehmen. Solange solcher Wille nicht thätig geworden ist, besteht der Regel nach zwischen beiden Kategorieen von Personen keinerlei rechtliche Beziehung. Hält man

dieses fest, dann ergiebt sich die weitere Folgerung auch von selbst, dass *Inhalt* und *Umfang* der dem Arzte solchergestalt eingeräumten Befugnisse in Anwendung aller Mittel seiner Kunst sich nicht minder regeln muss durch den Rechtswillen des Kranken. Gewiss ist der Arzt zu der Annahme befugt, dass der Kranke oder dessen Willensvertreter, die im Vertrauen auf seine Kunst ihm die Behandlung der Krankheit übertragen haben, sich folgeweise auch seinem Rate unterordnen, seine Weisungen befolgen, sich seine Heilmittel gefallen lassen werden, ihm daher bei *allen* seinen Eingriffen in den Organismus des zu Heilenden die Zustimmung jener zur Seite steht. Auf dem Boden solcher *thatsächlichen* Vermutungen wird dann allerdings für die *Auslegung* des vernünftigen Willens der Beteiligten der staatlich anerkannte oder sonst bewährte Beruf des Arztes zweifellos von erheblicher Bedeutung werden. So werden sich unbedenklich für die vielerörterten Ausnahmefälle, in denen wegen Bewusstlosigkeit, Geisteskrankheit, Unzurechnungsfähigkeit des Patienten, oder bei Gefahr im Verzuge wegen Abwesenheit der Vertreter des Kranken sich eine ausdrückliche Willensentschliessung der hierfür zuständigen Personen nicht erzielen lässt, oder die Willensäusserungen des Kranken oder seiner Angehörigen unklar, unsicher, schwankend lauten, wertvolle praktische Folgerungen zu gunsten des guten Glaubens und der berechtigten Voraussetzungen des behandelnden Arztes im Sinne eines ihm aktuell zur Seite stehenden Konsenses der Beteiligten ergeben. So gewiss aber der verfügungsfähige Kranke durch Berufung des Arztes zwecks Heilung seines Leidens dem Arzte nicht eine unbeschränkte Gewaltherrschaft über seine Person eingeräumt hat, so gewiss der Auftrag zum Heilverfahren jederzeit von ihm widerrufen, der eine Arzt durch einen andern ersetzt werden kann, so gewiss ist derselbe Kranke auch befugt, der Anwendung jedes *einzelnen* Heilmittels, seien es innerlich wirkende Medikamente, seien es äussere operative Eingriffe, rechtswirksam Weigerung entgegensetzen. Und mit dem Moment solcher Weigerung des zurechnungsfähigen Kranken oder seiner gesetzlichen Willensvertreter erlischt auch die Befugnis des Arztes zur Behandlung und Misshandlung einer bestimmten Person für Heilzwecke. Folgeweise handelt derjenige Arzt, welcher vorsätzlich für Heilzwecke Körperverletzungen verübt, *ohne* sein *Recht* hierfür aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder der präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrag hierfür legitimierter Personen herleiten zu können, überhaupt unberechtigt, d. i. rechtswidrig, und unterliegt der solche Delikte verbietenden Norm des § 223 des Strafgesetzbuches. Noch zweifelloser tritt solche Rechtswidrigkeit hervor, wenn der Arzt *gegen* den erklärten Willen jener Person handelt.

Diese Grundsätze, auf den vorliegenden Fall angewendet, würden zur Schuldlosigkeit des Angeklagten führen, solange er nach dem Anlass zur Aufnahme des K.'schen Kindes in das Hospital und dessen chirurgische Abteilung hierin den Konsens der Eltern zu operativen Eingriffen erblickte und daraufhin, ohne specielle und ausdrückliche Erklärungen der letzteren einzuholen, zur Operation schritt. Da aber feststeht, dass, ehe er mit der Resektion der Fussknochen seine operativen Eingriffe begann, der gesetzliche Vertreter des zu operierenden Kindes den Auftrag zur ferneren ärzt-

lichen Behandlung desselben *positiv widerrufen* und die Zustimmung zur Operation des Fusses *ausdrücklich verweigert hat,* trägt das Verfahren des Angeklagten objektiv alle Merkmale der Rechtswidrigkeit an sich.

Angeklagter ist ferner aber auch für überführt erachtet, sich bei seinem Handeln der vorbezeichneten Rechtswidrigkeit *bewusst* gewesen zu sein. Dieses den subjektiven Thatbestand des § 223 des Strafgesetzbuches erfüllende strafbare Bewusstsein kann dadurch nicht aufgehoben werden, dass, wie das Urteil des weiteren ausführt, Angeklagter darauf rechnete, *zukünftig* und *nachträglich* die Zustimmung des besser informierten Vaters zu erlangen. Stand dem Angeklagten zur Zeit, da er die hier inkriminierten Körperverletzungen verübte, kein Recht auf solche Verübung zur Seite, und war er sich des Mangels dieser, sein Handeln begleitenden, rechtlichen Befugnis im Momente der Resektion bewusst, so war mit dem ersten Messerschnitt, den er gegen den Körper des Kindes ausführte, auch das Delikt vollendet, und der Strafanspruch des Staates begründet. Diese öffentlich-rechtliche Thatsache konnte durch keine Privatwillkür mehr aus der Welt geschafft werden. Was dem Instanzrichter hier als *nachträgliche* Zustimmung und Einwilligung vorschwebt, geht im wahren Rechtssinne nicht über die Bedeutung einer nachträglichen *Verzeihung* einer einmal verübten Rechtsverletzung hinaus. Zu wirken vermag der Wille des Menschen nur auf gegenwärtige und zukünftige, nicht auf vergangene Dinge: ob der in der Narkose seiner Fussknochen oder des ganzen Fusses beraubte Patient nachträglich die Amputation billigt oder missbilligt, kann Geschehenes weder in seiner objektiven noch in seiner subjektiven Gestalt ungeschehen machen. Wie lange sollte die Frage einer durch eine solche, dem Strafrechte völlig unbekannte, nachträgliche Ratihabition bedingten Rechtmässigkeit einer Operation und die davon abhängige Frage der Deliktsverübung in der Schwebe bleiben, wollte man es dem *gegen* den Willen des Kranken operierenden Arzte überlassen, durch langwierige Verhandlungen, wissenschaftliche Diskussionen u. s. w. den Kranken oder seine Angehörigen nachträglich von der Nützlichkeit und Notwendigkeit der vollzogenen Operation zu überzeugen? Denn unter allen Umständen müsste objektiv die strafrechtliche Wirksamkeit solcher nachträglichen Ratihabition feststehen, wenn subjektiv der blossen Hoffnung des Arztes auf die letztere rechtliche Beachtung geschenkt werden soll. Dasjenige, was das Urteil in dieser Beziehung als Mangel subjektiver Rechtswidrigkeit bezeichnet, ist in Wahrheit auch nicht der Glaube des Angeklagten an sein *Recht,* sondern seine Überzeugung, das leibliche Wohl des Kindes besser zu verstehen, als dessen Vater, *für* die Operation vernünftigere Gründe zu besitzen, als der in dem Glauben an die Naturheilkunde befangene K. *gegen* dieselbe geltend machte, und hierdurch, falls es zu späteren Erörterungen hierüber käme, dem letzteren an Argumenten überlegen zu sein. Dass in der That auf eine derartige Überhebung des sachkundigen Arztes über den beschränkten Laienverstand die Darstellung des Urteiles hinausläuft, erhellt auch daraus, dass das letztere ausdrücklich anerkennen muss, Angeklagter hätte, als er unmittelbar vor der Operation den Widerspruch des Vaters erfuhr, ohne jeden Schaden für die Kranke die Operation auf Tage und Wochen hinausschieben können. Nicht also, weil eine imminente

Gefahr ihn berechtigte, anzunehmen, dass die Operation jetzt und gerade jetzt notwendig vorgenommen werden und deshalb jeder Vernünftige die am 23. Juni vollzogene Resektion billigen müsse, sondern weil er von seinem überlegenen Standpunkte des Chirurgen den Widerspruch des Vaters überhaupt für unbeachtlich hielt, ist er mit vollem Bewusstsein *gegen* den Widerspruch vorgegangen. Und in diesem Zusammenhange ist auch die unklare Wendung der Urteilsgründe, welche die vom Angeklagten zwischen einem «wirklichen *ernsten* Willen» und dessen Gegenteil gemachte Unterscheidung hervorhebt, bedeutungslos. Einmal ist auch der im Affekte, in der «Aufwallung» gefasste Willensentschluss ein im Rechtssinne thatsächlich vorhandener, ernsthafter, rechtswirksamer Wille. Und sodann will offensichtlich das Urteil mit jener Wendung nicht mehr sagen, als dass Angeklagter überhaupt nicht geneigt war, die Ansichten und Willensmeinungen des Gastwirtes K. über chirurgische Operationen «ernsthaft» zu nehmen. Das mag medizinisch gerechtfertigt und menschlich im höchsten Masse entschuldbar gewesen sein; strafrechtlich hat Angeklagter normwidrig gehandelt und ein nach §§ 223 ff. des Strafgesetzbuches zu ahndendes Delikt verübt.

III.

Zweites Urteil

der

Strafkammer III des Landgerichts zu Hamburg vom 13. Dezember 1894 gegen Dr. med. W. wegen Körperverletzung.

In der Strafsache gegen Dr. med. W. wegen Vergehens gegen §§ 223, 223 *a* St. G. B. hat die Strafkammer III des Landgerichts zu Hamburg in der Sitzung vom 13. Dezember 1894, an welcher Theil genommen haben:

pp.

für Recht erkannt:

Der Angeklagte wird von der wider ihn erhobenen Anklage freigesprochen. Die Kosten des Verfahrens einschliesslich der nothwendigen Auslagen des Angeklagten trägt die Staatskasse, mit Ausnahme der durch die Nebenklage entstandenen Kosten, welche der Nebenkläger zu tragen hat.

Gründe:

Der Angeklagte war durch Urtheil dieses Gerichts vom 2. Februar 1894 von der Anklage der gefährlichen Körperverletzung (§§ 223, 223 *a* St. G. B.) freigesprochen. Dieses Urtheil ist auf die Revision der Staatsanwaltschaft und des Nebenklägers K. aus unten darzulegenden Rechtsgründen vom Reichsgericht aufgehoben (Erkenntniss vom 31. Mai 1894), und zwar mit den diesem Urtheil zu Grunde liegenden Feststellungen.

Durch die neue Beweisaufnahme ist folgender Thatbestand erwiesen.

Die 7jährige Tochter des Nebenklägers, M. K., wurde im Juni 1893 von dessen Ehefrau in die Poliklinik des vaterländischen Frauen-Hülfsvereins hierselbst gebracht, und zwar, wie die Ehefrau K. selbst zugiebt, zum Zweck einer Operation. Das Kind hatte am linken Fussgelenk tuberkulöse Vereiterung in hohem Masse. Der dort thätige Arzt Dr. L. war schon im Begriff, die Operation, die er für dringend erforderlich erachtete, mit dem Messer vorzunehmen, jedoch entschloss er sich, da der Fall für die Poliklinik wegen Mangels an Raum zur Lagerung von Kranken nicht geeignet war, das Kind dem Vereinshospital am Schlump hierselbst zu überweisen. Er erklärte der Frau K., dass dort eine Resection, d. h. die Herausnahme der schwammigen eiterigen Massen aus den kranken Stellen und die Beseitigung etwaiger verfallener Knochen mittels Messers vorgenommen werden müsse; im Nothfalle müsse später der Fuss amputirt werden. Die Mutter, der Aufforderung des Dr. L. ohne Widerspruch folgend, brachte das Kind zum Zweck der Operation zu dem Angeklagten, dem Oberarzt der chirurgischen Abtheilung des Vereinshopitals. Dieser erkannte die Krankheit ebenfalls als tuberkulöse Fussgelenks-Vereiterung und erklärte der Mutter, der Fuss müsse operirt werden. Die Mutter war damit einverstanden. Der Angeklagte beschloss, zunächst die Resection auszuführen, in der festen Hoffnung, dass eine Amputation nicht hernach noch erforderlich sein werde. Dies erschien, wie die Sachverständigen übereinstimmend bekunden, nach der herrschenden Lehre der chirurgischen Medicin, zu der sich auch der Angeklagte bekennt, durchaus gerechtfertigt. Es lag grosse Gefahr vor, dass das Kind, da sich die in den kranken Stellen des Fusses befindlichen Tuberkelbacillen leicht verbreiten konnten, Lungentuberkulose bekomme und in nicht langer Zeit zu Grunde gehe. Zur Beseitigung dieser Gefahr erschien die Resection — wenn dieselbe auch noch einige Tage oder Wochen hinausgeschoben werden konnte — durchaus geboten; im Nothfall war hernach die Amputation vorzunehmen. Freilich kommen Fälle vor, in denen die Kranken auch bei stark vorgeschrittener tuberkulöser Vereiterung ohne operativen Eingriff am Leben bleiben, allein mit diesen äusserst seltenen Ausnahmefällen darf nicht gerechnet werden. Es soll nicht verkannt werden, dass es Aerzte giebt, die als Anhänger des Naturheilverfahrens, der Homöopathie, Gegner einer solchen Operation sind, jedoch kommt es hier nicht auf die Entscheidung einer wissenschaftlichen Controverse, sondern lediglich auf den oben gekennzeichneten Standpunkt der herrschenden Doctrin, welcher der Angeklagte folgt, an, und auf die (zu bejahende) Frage, ob der Angeklagte von diesem seinem Standpunkte aus richtig gehandelt hat, wenn er so, wie hernach geschehen, die Resection vornahm.

Am 13. Juni 1893 wurde das Kind, nachdem die Mutter einen Schein des Armenarztes besorgt, auf Kosten der Armenanstalt in das Hospital aufgenommen.

Die Resection musste jedoch zunächst aufgeschoben werden, da der Angeklagte auf die Unterstützung befreundeter Aerzte bei seinen Operationen angewiesen war und diese Aerzte nicht immer zur Disposition

standen, ferner aber grade derzeit mehrere wichtige Operationen vorzunehmen waren.

Frau K. kam mehrfach zum Besuch des Kindes, fragte, ob dasselbe denn noch nicht operirt werde, und äusserte ihre Unzufriedenheit über die Verzögerung, wie durch das Zeugniss der Schwestern des Hospitals B. und O. erwiesen ist. Der Vater des Kindes, der Zeuge K., *wusste,* dass dasselbe zum Zweck der Operation ins Hospital gebracht sei, und war offenbar *damit einverstanden,* denn sonst würde er sein Kind sofort zurückverlangt haben. K. hat solches auch auf Vorhalt zugeben müssen. Seine anfängliche Angabe, dass das Kind nur «zur Behandlung», nicht zum Zweck der Operation im Hospital aufgenommen sei, ist objektiv unwahr; auch die von K. als Nebenkläger vorgeschlagenen Zeuginnen Frau S. und Frau F. haben derzeit von der Ehefrau K. selbst erfahren, dass sich das Kind, um *operirt* zu werden, dort befinde.

Erst einige Tage nach der Aufnahme, vermuthlich am 20. Juni 1893, erschien K. in der Privatwohnung des Angeklagten und äusserte, er wolle doch nicht, dass das Kind operiert werde, er wolle es einmal mit der Naturheilmethode versuchen; lieber wolle er sein Kind todt sehen, als dass es zum Krüppel werde. Auf die Vorstellung des Angeklagten, dass er vorab von einer verstümmelnden Operation, einer Amputation, absehe und nur eine Resection vornehmen werde, welche hoffentlich die Krankheit beseitige, ging K., ohne irgendwie Widerspruch zu erkennen zu geben, unter freundschaftlichem Händedruck fort, und der Angeklagte durfte annehmen und war auch der Ueberzeugung, dass K. nunmehr wiederum mit der Resection einverstanden sei.

Unzweifelhaft war auch letzteres der Fall, denn sonst würde K. Widerspruch erhoben und sein Kind sofort zurück verlangt haben.

Am 22. Juni erschien K. im Vereinshospital und erklärte der Schwester C., er sei dagegen, dass sein Kind operirt werde. Die C., welche 15 Jahre lang im Hospital thätig ist, bemerkte, gestützt auf ihre Erfahrungen und eigene Anschauung des Falles: nach ihrer Ansicht sei eine Operation erforderlich. K. machte in erregter Weise Einwendungen, ohne dass die C., wie sie bekundet, recht wusste, was er gegen die Resection einzuwenden habe. K. sprach insbesondere von einer Amputation des Fusses, und dass er sein Kind nicht zum Krüppel gemacht wissen wolle, jedoch hatte die C. allerdings den Eindruck, dass K. wohl auch eine blosse Resection nicht wolle. Die C. erklärte schliesslich, wenn er gegen eine Operation Widerspruch zu erheben wünsche, so müsse er diesen bei dem Angeklagten selbst vorbringen und zu dem Behufe entweder auf diesen im Hospital warten, oder denselben am nächsten Morgen in seiner Privatwohnung in der Sprechstunde aufsuchen. K. blieb eine Weile, ging dann aber fort, ohne die ihm bezeichnete Zeit, zu welcher der Angeklagte ins Hospital kommt, abzuwarten. Die C. hat, wie sie glaubhaft bekundet, nicht zu K. gesagt, nunmehr, nach seinem Widerspruch, werde das Kind *nicht* operirt; sie würde sich, wie sie angiebt, einen solchen Eingriff in die Angelegenheit des Oberarztes niemals erlaubt haben. Die C. berichtete, als Dr. W. erschien, demselben auf seinem Wege vom Corridor bis nach seinem Zimmer den ganzen Vorgang, erzählte, sie habe dem K. aufgegeben, wenn er

Widerspruch erheben wolle, es in der einen oder anderen angegebenen Weise zu thun, und bemerkte, K. habe nicht den Angeklagten abgewartet. Dr. W. äusserte nur, das Kind wolle er (oder: wolle er ja) morgen operiren. Dass er gesagt hätte: «*dann* wolle er es morgen operiren» — eine Aeusserung, die als Trotz gegen den Willen des Vaters ausgelegt werden könnte, ist weder von der C. noch sonstwie bekundet.

Am nächsten Morgen kam K. nicht in die Privatwohnung, noch äusserte er sonstwie Widerspruch gegen Vornahme der Operation.

Am Mittag wurde letztere ausgeführt.

Dieser Tag war hierzu bereits seit längerer Zeit bestimmt. Das Kind wurde in den Operationssaal getragen, entkleidet, auf den Operationstisch gelegt, mit Chloroform narcotisirt, dann wurden an der Wunde die Haare abrasirt und der Schorf, der sich gebildet, gewaltsam losgelöst, sodann die Wunde mit Carbolwasser an der Oberfläche gereinigt und endlich die Blutleere hergestellt, indem das Bein hochgebunden, das Blut zurückgegedrängt und in einiger Entfernung von der Wundstelle eine elastische Gummibandage, die sog. Esmarch'sche Binde, angelegt wurde, durch die das Blut zurückgehalten wird. Der betreffende Theil des Beines erscheint dadurch leichenblass und enthält fast gar kein Blut mehr. Es geschieht dies, damit bei der Operation kein Blut oder doch keine nennenswerthe Quantitäten hervortreten.

Mit diesen Massnahmen waren ausser dem Angeklagten der Oberstabsarzt Dr. K. und Dr. G. beschäftigt; die Schwester C. hatte die Chloroformirung vorgenommen und auf die Narcose zu achten. Die Schwester B. reichte die Hülfsmittel, Instrumente etc. hin. Jetzt erschien der Vater K. im Hospital und sagte zu der Pförtnerin Schwester O., sie möge dem Angeklagten mittheilen, dass er sein Kind holen wolle. Die O. öffnete die Thür des Operationssaals etwas und sagte: «Der Vater ist da und will sein Kind holen.» Der Angeklagte, der grade im Begriff stand, das Messer anzusetzen, entgegnete, wie Dr. K. bekundet: «Jetzt ist es zu spät, ich werde hernach herauskommen und mit dem Manne sprechen.» Auf seine Weisung theilte die Schwester dies dem K. mit. Der Letztere verlangte, die Schwester solle dem Angeklagten noch einmal mittheilen, dass er sein Kind abholen wolle, jedoch that die O. dies nicht, weil sie dieses Verlangen für widersinnig und die Operation für unaufschiebbar hielt. K. giebt an, er habe nicht gewusst, dass bereits operirt werde. Die O. meint, sie habe wohl eine derartige Bemerkung gemacht. Es mag sein, dass K. sie missverstanden hat.

Dr. W. war inzwischen mit den anderen Aerzten bei der Resection beschäftigt; er entfernte mit dem Messer die tuberkulösen Massen und 2 Gelenkknochen, die verfallen und «matschig» waren.

Nach Beendigung der Operation ging der Angeklagte zu K. hinaus und theilte ihm mit, die Resection habe gemacht werden müssen. K. ging, ohne ein Wort der Unzufriedenheit zu äussern, fort; Dr. W. hatte vielmehr, wie er angiebt, den Eindruck, dass K. mit der Erledigung der Operation zufrieden sei. K. kam dann noch mehrfach ins Hospital zum Besuch des Kindes, ohne sich irgendwie missbilligend zu äussern.

Der Angeklagte verreiste nach 4 Wochen, nachdem er noch eine unbedeutende Eiterfistel am Fussgelenk geöffnet hatte. Während seiner Abwesenheit wurde am 28. Juli 1893 der Fuss von dem Vertreter des Oberarztes, Dr. B., amputirt, weil nach Ansicht des Letzteren die tuberkulöse Infection wider alles Erwarten soweit fortgeschritten war, dass nur eine Amputation helfen konnte. K. war mit derselben einverstanden. Jetzt sieht das Kind kräftig und gesund aus und fühlt sich nach Angabe der Eltern völlig wohl.

Zur Anklage verstellt ist lediglich die erste Operation des Angeklagten (die Resection). Die zweite Operation (Oeffnung der kleinen Eiterfistel) ist eine andere That und von dem Angeklagten bei Ausführung der ersten gar nicht mit in seinen Entschluss aufgenommen. Die Amputation andererseits ist gar nicht vom Angeklagten ausgeführt oder angeordnet und erfolgte übrigens mit Zustimmung des K.

Die *Anklagebehörde* erblickte in der ersten Operation den Thatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung mittelst eines gefährlichen Werkzeugs, eines Messers, §§ 223, 223 *a* St. G. B. *Dieses Gericht* hat den Angeklagten im Urtheile vom 2. Februar 1894 freigesprochen, zunächst weil die Operation, selbst wenn sie gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Vaters vorgenommen wäre, eine strafbare Körperverletzung nicht sei, indem das Kind weder an der Gesundheit beschädigt, noch misshandelt d. h. unangemesssen, unvernünftig behandelt sei, vielmehr die Operation zweckmässig, vernünftig, ja nothwendig gewesen sei; ferner aber weil der Angeklagte den Willen des Vaters, sein Kind zu holen, nicht für einen ernsten Willen, sondern für eine plötzliche Aufwallung, einen vorübergehenden Willensimpuls gehalten und geglaubt habe, der Zuversicht sein zu können, dass er den Vater nachträglich dazu bewegen werde, sich mit dem Geschehenen einverstanden zu erklären.

Das Reichsgericht hob das Urtheil auf mit folgender Begründung:

> Auch eine ärztliche Operation sei jedenfalls dann, wenn ihr nicht der erklärte oder vermuthete vernünftige Wille des zu operirenden oder des gesetzlichen Vertreters zur Seite stehe, eine strafbare Körperverletzung. Angeklagter sei sich bei Ausführung der Operation der ausdrücklichen Consensverweigerung des K. und somit des Mangels einer rechtlichen Befugniss bewusst gewesen, und die vom Angeklagten erhoffte nachträgliche Zustimmung des Vaters könne nicht das rechtswidrige Thun ungeschehen machen, sondern bedeute nur Verzeihung der That. Nicht der Glaube an sein Recht habe nach der Darstellung des ersten Urtheils beim Angeklagten vorgelegen, sondern die Ueberzeugung, das leibliche Wohl des Kindes besser zu verstehen, als dessen Vater und hernach, falls es zu späteren Erörterungen hierüber komme, dem letzteren an Argumenten überlegen zu sein. Da, wie das Urtheil ausführe, der Angeklagte ohne jeden Schaden für die Kranke die Operation auf Tage und Wochen habe hinausschieben können, so habe den Angeklagten keine imminente Gefahr berechtigt, anzunehmen, dass die Operation jetzt und grade jetzt nothwendig vor-

genommen werden und deshalb jeder Vernünftige die am 23. Juni vollzogene Resection billigen müsse, sondern der Angeklagte habe so gehandelt, weil er von seinem überlegenen Standpunkte des Chirurgen den Widerspruch des Vaters überhaupt für unbeachtlich gehalten habe. Auch der in der Aufwallung gefasste Willensentschluss sei im Rechtssinne ein thatsächlich vorhandener, ernsthafter Wille; übrigens wolle das Urtheil mit seiner Wendung offenbar nur sagen, dass Angeklagter nicht geneigt gewesen sei, die Willensmeinungen und Ansichten des K. über chirurgische Operationen «ernsthaft» zu nehmen. Angeklagter sei damit nach § 223 *a* St. G. B. strafbar.

Diese Rechtsanschauungen hat das Landgericht nunmehr zu Grunde zu legen. An der Hand derselben ist zunächst zu prüfen, ob Angeklagter überall mit der Narcotisirung (Beibringen von Gift), sowie mit den übrigen medicinischen Acten (Herstellung der Blutleere etc.), die vor dem Erscheinen der Schwester O. vorgenommen wurden und die als Körperverletzung in Frage kommen könnten, vorgehen durfte. K. und dessen Ehefrau waren bis zum 22. Juni mit der Resection und damit auch mit der Narcotisirung und Allem, was der Angeklagte bis zur Anwendung des Messers mit dem Kinde vorgenommen hat und was zur Ausführung der Resection nothwendig gehörte, einverstanden. Den an einem der früheren Tage erhobenen Widerspruch hatte K. fallen lassen. Am 22. Juni machte der Zeuge K., wie oben erwähnt, gegenüber der C. Einwendungen gegen eine Operation und die C. hat, wie sie bekundet, dem Angeklagten an demselben Tage davon Mittheilung gemacht, worauf der Angeklagte äusserte: das Kind wolle er (oder wolle er ja) morgen operiren. Der Angeklagte giebt an, von diesem Vorgang überall nichts zu wissen, und das Gericht hält diese Angabe für glaubhaft. Vielleicht hat er die Mittheilungen der Schwester, die auf dem Wege nach dem Zimmer des Angeklagten in Eile und unter andern derartigen Mittheilungen vorgetragen sein mag, missverstanden. Oder die C., die aus den Aeusserungen des K. selbst nicht vernehmen konnte, welche Einwendungen dieser gegen die Resection erhebe, mag dem Angeklagten nicht mit genügender Klarheit mitgetheilt haben, dass K. thatsächlich Widerspruch gegen eine Operation erhebe. Es ist auch möglich, dass der Angeklagte, als er die Operation vornahm, der festen Ueberzeugung war, dass K., nachdem er weder auf ihn gewartet noch am nächsten Morgen in der Privatwohnung erschienen war — wie ihm doch von der C. aufgegeben — den etwaigen Widerspruch bei seinem Wankelmuth wieder habe fallen lassen, eine Annahme, zu der er nach Sachlage vollkommen berechtigt gewesen wäre. Da die C. garnicht den Auftrag erhalten hatte, dem Angeklagten den Widerspruch zu übermitteln, so war dieser noch garnicht als definitiv an den Angeklagten herangetreten. Jedenfalls ist das Gericht überzeugt, dass, mag sich nun die Sache in dieser oder jener Weise erklären, der Angeklagte, als er das Narcotisiren etc. vornahm, der festen Ueberzeugung war, dass die Eheleute K. mit allen jenen vorbereitenden und Operations-Massnahmen einverstanden seien, zum Zweck derer das Kind doch grade ins Hospital gebracht war. Angeklagter war, wie die Beweisaufnahme ergeben hat, peinlich gewissenhaft mit der Be-

rücksichtigung derartiger Widersprüche von Betheiligten gegen Vornahme von Operationen. Auch hatte der Angeklagte weder ein medicinisches noch ein pecuniäres Interesse im vorliegenden Falle, da es sich um eine gewöhnliche, oft vorkommende Operation handelte und er andererseits im Hospital als Oberarzt ohne Entgelt fungirte.

Angeklagter handelte sonach bis zu dem Moment des Erscheinens der O. nicht bewusst rechtswidrig. Als aber die O. die Meldung machte, der Vater wolle sein Kind holen, war die Narcose bereits beendet, die Wunde gereinigt, die Blutleere hergestellt. Dies ist erwiesen durch die Bekundung des Dr. K. in Verbindung mit denen der C. und B. und in Uebereinstimmung mit den Angaben des Angeklagten. Freilich konnte das Gericht, abgesehen von dem Dr. K. auch die C. bezüglich der Operationsvorgänge nicht unter Eid vernehmen, da, wie sich erst während ihrer Vernehmung herausstellte, sie die Narcotisirung ausgeführt hatte, und immerhin der Verdacht bestand, dass sie dies bewusster Massen entgegen dem Widerspruch des Vaters gethan habe (§ 56[3] St. P. O.); das Gericht hat denn auch ihre ganze Aussage als eine uneidliche gewürdigt, Reichsger. Entsch. VI, S. 156, 157. Andererseits lag kein Grund vor, die B. nicht zu beeidigen. Sie hatte nur Handreichungen geleistet, war blosses Werkzeug des Angeklagten, gleichsam dessen verlängerter Arm; sie hat vor dem Erscheinen der O. gar nichts von dem Widerspruch gewusst und nachher in Folge der Aeusserung des Angeklagten die Operation für unaufschiebbar und daher auch im Sinne des K. erfolgend gehalten. Das Gericht hat aber, ganz ohne Rücksicht auf Beeidigung oder Nichtbeeidigung, die Aussagen des Dr. K. sowie der Schwestern B., C. und O. als durchaus glaubwürdig erachtet. Dass die Sache schon bis zur Beendigung der Blutentleerung gediehen war, ist allerdings erst jetzt zur Sprache gekommen; dies ist vermuthlich deshalb nicht in der ersten Hauptverhandlung herangezogen, weil derzeit das Hauptgewicht auf die juristische Seite, auf die prinzipielle Negirung der strafbaren Körperverletzung, gelegt wurde und weil weder vom Vertheidiger noch dem Angeklagten selbst noch den Sachverständigen hierüber dem Gericht Mittheilungen gemacht wurden und das Gericht selbst mit Vorgängen am Operationstisch natürlich nicht genau vertraut ist. War aber die Blutleere hergestellt, so war schon mit der Operation begonnen, denn die Blutentleerung stellt sich, wie die Sachverständigen mit Recht betonen, schon als eine directe Einwirkung auf den kranken Körpertheil dar. In diesem Stadium aber lag nach dem übereinstimmenden Gutachten der Sachverständigen die grösste Gefahr der *Blutvergiftung* vor, wenn die Fortsetzung der Operation sistirt wurde. Wurde letztere beendigt, so konnten die hauptsächlichsten Adern freigelegt und unterbunden werden, so dass, wenn hernach die Gummibandage abgelöst wurde und das Blut herbeiströmte, ein Platzen der Adern verhindert war. Unterblieb aber die Fortsetzung der Operation, ohne welche, so, wie sie geschah, die Adern nicht freigelegt und unterbunden werden konnten und wurde dann die Blutleere aufgehoben, so war grosse Gefahr, dass in Folge des heftigen Blutzudrangs Adern platzten, das Blut sich in die noch mit den tuberkulösen Massen angefüllten Stellen ergösse und sich mit denselben vermische und dass so Blutvergiftung und

der Tod herbeigeführt werde, ganz abgesehen davon, dass sich auch Abscesse bilden konnten, die erst durch Messerschnitt oder sonstwie beseitigt werden mussten.

Bei dieser grossen Gefahr der Blutvergiftung durfte Angeklagter sich zur Fortsetzung der Operation berechtigt erachten. Jede längere Dauer der Narcose hätte der Gesundheit des Kindes geschadet. Der Arzt aber, der die Operation leitet, hat mit dem Beginne der Narcose die Verantwortung für Leben und Gesundheit des Patienten. Wenn auch Assistenzärzte oder Wärterinnen zur Hand sind, so darf er doch den Operationstisch nicht in einem Zeitpunkt verlassen, wo der Kranke in einem todesähnlichen Zustande, gleichsam «an der Schwelle des Todes» sich befindet. Er würde damit, wie die Sachverständigen erklären, unverantwortlich leichtsinnig handeln, denn er trägt allein die Verantwortung dafür, dass der Kranke nicht, wie es nicht selten vorkommt, in der Narcose stirbt.

Ebensowenig konnte der Angeklagte etwa im Operationszimmer mit dem Vater des Kindes sprechen. Er hatte seine ganze Aufmerksamkeit dem Kinde zuzuwenden und durfte sich nicht durch ein Gespräch mit jenem ablenken lassen. Wäre das Kind in Folge nicht gehöriger Aufmerksamkeit des Angeklagten in der Narcose gestorben, so hätte ihn der Vorwurf fahrlässiger Tödtung getroffen. Da auch auf andere Weise sich nicht eine geeignete Verbindung herstellen liess, um dem K. die Sachlage darzulegen, so hielt Angeklagter sich mit Recht für befugt, die Operation fortzusetzen, indem er der festen Ueberzeugung war, dass jeder Vernünftige und auch der Vater des Kindes, wenn er damals, nach Herstellung der Blutleere, von dieser, der vorgenommen Narcose und der drohenden Gefahr erführe, sofort ohne Weiteres die Ausführung der Resection billigen und selbst wollen würde.

Das, was der Angeklagte selbst auf Befragen darüber vorbringt, welche Gedanken er sich damals, am 23. Juni 1893, bei der Meldung der Schwester O. gemacht habe, sind wohl zumeist Schlüsse ex post, wenn also hie und da ein Widerspruch vorliegen sollte, so ist hierauf kein grosses Gewicht zu legen. Nach der Ueberzeugung des Gerichts liegt hier in der That der vom Reichsgericht gekennzeichnete Fall vor, dass «eine (nach der herrschenden Lehre, der auch der Angeklagte folgte) imminente Gefahr ihn berechtigte, anzunehmen, dass die Operation jetzt und grade jetzt nothwendig vorgenommen werden und deshalb jeder Vernünftige die Resection billigen müsse.»

Es ist auch die Frage angeregt worden, ob überall dann, wenn, wie hier, die Operation bereits (rechtmässig) begonnen habe, stets eine strafbare Körperverletzung vorliege, falls der gesetzliche Vertreter plötzlich widerrufe und nicht die obigen Fälle drohender Gefahr zuträfen; es müsse für den oft ganz willkürlichen Widerspruch doch eine Grenze der Wirksamkeit geben. Es wurde z. B. auf den Fall hingewiesen, wo einer minderjährigen Frauensperson der Eierstock herausgenommen werden solle und zu dem Behufe bereits der Leib aufgeschnitten, die Eingeweide herausgenommen seien, dann aber plötzlich der gesetzliche Vertreter der Frauensperson die Einwilligung widerrufe. Wolle man dies hier noch gelten lassen, so müsse also der Arzt die Operation sistiren, die Krankheit

bestehen lassen und unverrichteter Sache die Eingeweide wieder hineinlegen, den Leib wieder zunähen.

Wie dem auch sei, jedenfalls erscheint der Angeklagte hier aus obgedachten *subjectiven* Gründen straffrei. Ihm fehlte das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Er glaubte, ein *Recht* auf Vornahme der Resection zu haben, und zwar aus dem vermutheten Willen des nicht anwesenden gesetzlichen Vertreters heraus, aus einem Willen, wie er den Thatsachen entsprochen hätte. Der vorliegende Fall reiht sich unter die Beispiele, die das Reichsgericht im Revisionserkenntniss (S. 7) als solche angiebt, die «werthvolle practische Folgerungen zu Gunsten des guten Glaubens und der berechtigten Voraussetzungen des behandelnden Arztes im Sinne eines ihm aktuell zur Seite stehenden Consenses der Betheiligten ergeben». Unter diesen Beispielen ist auch Gefahr im Verzuge bei Abwesenheit der Vertreter des Kranken angeführt. Ob der Vertreter in weiter Ferne weilt, oder wie hier, trotz der Nähe nicht erreichbar ist, erscheint natürlich belanglos.

Der Angeklagte glaubte lediglich im Sinne des K. selbst und jedes Vernünftigen zu handeln. Allerdings ist klar, dass der Wille des Vertreters, der erst nachträglich von der Sachlage erfährt, als *nachträgliche* Zustimmungsäusserung *in die Erscheinung tritt.* Aber es handelt sich hier nicht um eine nachträgliche «Verzeihung» eines zugefügten Uebels, sondern um die Bestätigung des bis dahin nur vermutheten Willens des Vertreters, dessen negotia man gleichsam gerirt hat.

Alles, was der Angeklagte mit dem Kinde vornahm, that er in der Ueberzeugung, dass es dem Willen der Eltern entspräche, und ohne das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Strafbare Körperverletzung liegt sonach nicht vor. Der Angeklagte war somit freizusprechen (§§ 223, 223 *a* St. G. B.), und es entfällt sonach auch die Anklage des Nebenklägers aus § 224 St. G. B. (schwere Körperverletzung) nebst dem Antrag auf eine Busse (§ 231 St. G. B.). Die Kostenfrage regelten §§ 496 ff., insbesondere § 499 St. P. O. Es erschien angemessen, die dem Angeklagten erwachsenen nothwendigen Auslagen der Staatskasse aufzuerlegen.

Folgen Unterschriften.

IV.

Auszug

aus

dem Aufsatz des Dr. med. J. Thiersch in Leipzig: „Sind chirurgische Operationen und operative Eingriffe körperliche Misshandlungen im strafrechtlichen Sinne?“

(Ärztliches Vereinsblatt 1894, Nr. 285.)

Bei der Besprechung des vorliegenden Urtheils wollen wir uns mit dem Begriff der *Rechtswidrigkeit* nicht beschäftigen. Die vom Reichsgericht

entwickelte Beweisführung und die daraus abgeleiteten Schlüsse decken sich so vollständig mit unseren Anschauungen, dass darüber, dass hier eine rechtswidrige Handlung vorliegt, kaum ein Wort zu verlieren ist. Dass die Voraussetzung zur Vornahme einer Operation in der Einwilligung des Patienten zu suchen ist, ist so in Fleisch und Blut des ärztlichen Denkens und Handelns übergegangen, dass Ausnahmefälle hiervon zu den grössten Seltenheiten gehören dürften. Da das Reichsgericht ausserdem die Rechtswidrigkeit für die dringenden Fälle, bei Gefahr im Verzuge, wo die Einwilligung nicht rechtzeitig mehr zu erlangen ist, fallen lässt, so können wir uns auch mit allen hierauf bezüglichen Ausführungen des Urtheils einverstanden erklären. Es lassen sich ja allerdings Fälle genug denken, wo es dem Arzte schwer fallen muss, gegen sein Gewissen zu handeln und einem entschiedenen Veto thörichter Eltern gegenüber eine lebensrettende Operation zu unterlassen. Wir erinnern uns, auf welch harte Probe unsere Berufsfreudigkeit gestellt wurde, als wir, da die Einwilligung zur Operation nicht zu erlangen war, ein diphtheriekrankes Kind sterben lassen mussten, und wir können uns deswegen vollkommen in die peinliche Lage Derer versetzen, denen es ähnlich ergangen ist. Allein wir sind nicht Herr über Leben und Tod Anderer, und wer es unternimmt, in die Rechtssphäre eines Andern einzugreifen, hat die Folgen davon zu tragen.

Wenn wir somit dem Erkenntniss, soweit es das Vorhandensein einer *rechtswidrigen Handlung* constatirt, beistimmen, so vermögen wir dies in keiner Weise bei der *Voraussetzung* des Urtheils, dass eine körperliche *Misshandlung* vorgelegen habe. Das Urtheil beruft sich auf das Strafgesetzbuch und glaubt chirurgische Operationen als gleichbedeutend mit körperlichen Misshandlungen auffassen zu dürfen. Diese Auffassung scheint uns nicht begründet. Weder der Wortlaut noch der Sinn der angezogenen Paragraphen können dahin führen, chirurgische Operationen so zu deuten, Dem Wortlaut nach werden «*vorsätzliche körperliche Misshandlungen*» bestraft. Der Sinn ist, dass Jemand zu bestrafen ist, der sich in der *Absicht,* einen Anderen körperlich zu schädigen, thätlich an ihm vergreift. Da nun für den Richter, um eine Verurtheilung auszusprechen, die Feststellung des *objectiven Thatbestandes* der Misshandlung unerlässlich ist, haben die Interpretatoren des Gesetzes versucht, der Misshandlung eine Definition zu geben. Diese Definitionen, welche sich aber lediglich auf den objectiven Thatbestand beziehen, gehen weit auseinander. Nach *v. Wächter* liegt eine Misshandlung erst vor «bei einer Störung des Wohlbefindens oder bei Erzeugung von erheblichen Schmerzen». *v. Schwarze* will dagegen bereits in «jeder Thätlichkeit gegen den Körper eines Anderen» eine Misshandlung erblicken. Zwischen diesen beiden Extremen steht z. B. *Olshausen.* Nach ihm ist körperliche Misshandlung «zunächst jedenfalls die Zufügung eines körperlichen Missbehagens oder umgekehrt die Störung des körperlichen Wohlbefindens und ferner diejenige Behandlung eines Anderen, welche zu einer entstellenden Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit führt». Das vorliegende Erkenntniss nähert sich in seiner Auffassung derjenigen Definition, die den weitesten Spielraum gewährt; nach den eben citirten Interpretationen kann es sich aber damit nicht auf den Gesetz-

geber selbst berufen, der ja jede nähere Definition unterlassen hat. Der Oberreichsanwalt ist geneigt, sich der milderen Auffassung anzuschliessen, nach der «jeder Eingriff in die körperliche Integrität und den körperlichen Organismus eines anderen eine Misshandlung ist, wenn er geeignet erscheint, bei demselben Schmerzgefühl hervorzurufen, körperliches Missbehagen herbeizuführen und eine Störung des körperlichen Wohlbefindens zu verursachen». Auch die Chloroformnarcose wird von ihm in den Begriff einbezogen.

Alle diese mehr oder weniger scharfsinnigen Definitionen sind, wie erwähnt, aus der Nothwendigkeit entsprungen, für das Urtheil durch Feststellung des Thatbestandes eine Unterlage zu gewinnen und man wird das ganz in der Ordnung finden. Auch dass der Begriff von den Einen weit, von den Anderen eng gefasst wird, kann nicht weiter stören; im Interesse der Rechtsprechung wird es nöthig sein, in dem einen Falle eine weite, im anderen eine weniger weite Interpretation zuzulassen und bei der Schwierigkeit, Begriffe wie «Misshandlung» überhaupt zu definiren, muss es, um einen Uebelthäter fassen zu können, gestattet sein, manchmal etwas weit auszuholen.

Ganz anders liegt die Sache aber, wenn wir von dem objectiven Thatbestand abstrahiren und sehen, was denn ausserdem noch zur Misshandlung gehört. Da scheint uns nach unserem Laienverstande allerdings die *Absicht,* den erwähnten «objectiven Thatbestand» herbeizuführen, zu dem Begriff der strafrechtlichen Misshandlung unentbehrlich. Zuvor ist es jedoch nöthig, das Wort Misshandlung, um jeden Zweifel auszuschliessen, auf seine Etymologie zu prüfen.

Die mit «miss» zusammengesetzten Worte haben durchweg eine *negative* Bedeutung und schliessen den Begriff *«schlecht»* in sich ein. Sie stellen sich sämmtlich in Gegensatz zu dem Begriff «gut». Missbehagen ist ein schlechtes Behagen, Misswachs ein schlechtes Wachsthum, Missernte eine schlechte Ernte. Auch in anderen Sprachen finden sich die gleichen Bezeichnungen. So heisst ein Missjahr im Englischen ein bad year. Misshandeln heisst im Französischen maltraiter, Misshandlung ein mauvais traitement.

Es geht daraus hervor, dass wir unter Misshandlung eine *schlechte Handlung* zu verstehen haben; auf den vorliegenden Fall, die chirurgischen Operationen, angewendet, müssten diese also zunächst als «schlecht» qualificirt werden, um ihnen den Charakter einer Misshandlung zu verleihen. Man sieht nun wohl, dass dies nicht angängig ist. Eine Operation wird niemals den Charakter einer schlechten Handlung erhalten, auch wenn alle Kriterien des objectiven Thatbestandes der Misshandlung dabei erfüllt sind.

Da nun aber in dem Prädicat «gut» und «schlecht» nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch stets die *Absicht,* der *Zweck* und auch der *Erfolg* hineingelegt wird, ist est somit ganz unmöglich, von dem Begriff der Misshandlung die Absicht derselben loszulösen. Das pflegen wir auch im gewöhnlichen Leben nicht zu thun. Wir sind überhaupt gewöhnt, Handlungen im weitesten Sinne nicht ausschliesslich nach dem Thatbestand, sondern wesentlich nach dem Zweck und dem Erfolg zu beurtheilen. Be-

sonders klar erscheint dies bei Beurtheilung der Handlungen, die als Seitenstücke zu der Misshandlung dienen können. So wird es uns nicht einfallen, in Kriegszeiten die Verwüstung feindlicher Städte und Länder zu missbilligen, wenn sie zum Schutze des Vaterlandes nothwendig ist. Ueberhaupt sind Schutzmaassregeln irgendwelcher Art gegen beliebige Feinde stets mit Härten verbunden, die unter Umständen den Einzelnen schwer treffen. Wir haben scharfe Gesetze nöthig zur Verhütung von Seucheneinschleppung und unterbinden dadurch Handel und Verkehr. Ja auch der Kampf gegen die niedersten Organismen ist nur möglich unter dem Risico, dass sogar Menschen an ihrem körperlichen Wohlbefinden Schaden leiden. Das ist z. B. beim Impfgesetz der Fall. Und doch ist überall der Grundsatz auch durch den Gesetzgeber anerkannt, dass im Interesse der Erhaltung des *gesammten Organismus* des Staates das Wohl seiner *einzelnen* Glieder unter Umständen Schaden leiden müsse.

Dasselbe gilt nun für Operationen am menschlichen Körper. Auch diese betreffen Verletzungen, unternommen an einzelnen *Theilen* eines Organismus, aber unternommen gleichzeitig zum Wohle des *gesammten* körperlichen Organismus. Zu der gleichen Schlussfolgerung wie wir, wenn auch auf anderem Wege, gelangt bez. des Begriffs der Körperverletzung, der sich nach § 223 mit dem der Misshandlung decken soll, der oben citirte Jurist Hess.

Derselbe schreibt: «Der Fall einer chirurgischen Operation ist bei der Betrachtung des Satzes *«volenti non fit injuria»* vollkommen auszuscheiden. Denn der Arzt *verletzt* nicht den Körper des Kranken, macht sich keiner *Körperverletzung* nach irgend welcher Richtung hin schuldig. Denn verletzen ist: *βλάπτειν* d. h. schädigen. Schädigen heisst aber in den Organismus zerstörend eingreifen. Nicht jede *Veränderung* ist Schädigung, nicht die Veränderung in guteu Sinne, sondern nur die Veränderung im schlechten Sinne. Bessern, operiren, heilen, ist daher nicht Schädigung, nicht Verletzung. Wer das beschädigte Dach meines Hauses wider meinen Willen reparirt, beschädigt mein Dach nicht. Und ebenso schädigt, verletzt der Arzt meinen Körper nicht, wenn er ihn gesund macht. Die Operation verdient daher nicht einmal den Namen Körperverletzung. Höchstens könnte man sagen, dass der Arzt eine bestimmte Stelle des Körpers, nicht aber, dass er den Körper als lebendes Ganzes, als Organismus betrachtet, verletzt. Wir können es daher nicht billigen, wenn man die Straflosigkeit des Arztes durch ein Berufsrecht desselben erklärt hat. Nicht der Beruf ist es, der den Arzt straflos macht, sondern sein Wille, mich überhaupt nicht zu schädigen. Heilen darf mich ein Jeder, auch dessen Beruf nicht im Heilen besteht. Ja — auch wer mich wider meinen Willen heilt, macht sich keiner Körperverletzung schuldig. — Ob er sich hierdurch nicht eines anderen Delictes, z. B. einer Freiheitsberaubung schuldig macht, ist eine andere Frage.» (Hess, die Ehre, S. 54, Anm. 4.)

Es geht aus diesen Darlegungen hervor, wie misslich es ist, bei der strafrechtlichen Beurtheilung von chirurgischen Operationen die Handlung von ihrer Absicht abzulösen und beide gesondert zu betrachten. Die meisten Straffälle, welche dem genannten Paragraphen unterliegen, werden dem juristischen Urtheil *deswegen* keine Schwierigkeiten bereiten, weil sich

eben Zweck und Handlung bei ihnen decken, weil der Sprachgebrauch und die juristische Definition der Misshandlung übereinstimmen. Hier dagegen führt den Juristen die Thatsache, dass sich die beiden Begriffe nicht decken, zu einer vollständigen *Umkehrung* des Begriffs. Man hört zwar ab und zu von unzufriedenen Patienten klagen, dass sie von ihren Aerzten geschunden und misshandelt worden seien. Aber wir sind das doch nur von ungebildeten Leuten gewöhnt und auch diese legen dem Arzt dabei nicht die *Absicht* zu misshandeln unter. Das Gegenteil aber hören wir alle Tage. Wer durch eine Operation von seinen Leiden befreit ist, preist den Arzt als seinen Wohlthäter; es kommt ihm nicht in den Sinn, von der Operation als einer Misshandlung zu sprechen, mag sie noch so schmerzhaft gewesen sein. Wir müssen deswegen der Auffassung des Reichsgerichts ganz entschieden entgegentreten, die Operationen generell als «straflos verübte Körperverletzungen» (und damit als Misshandlungen) zu bezeichnen. Wer solche Definitionen macht, der begeht selbst eine Misshandlung. Er missdeutet einen klaren Begriff und stellt ihn geradezu auf den Kopf.

Aber auch mit den oben mitgetheilten Definitionen der Misshandlungen würde das Reichsgericht keine principielle Entscheidung der Frage herbeiführen können, dass chirurgische Operationen unter den § 223 fallen. Sowohl die Definition des Erkenntnisses wie die des Oberreichsanwaltes ist lückenhaft, sofern sie die Absicht hat, *sämmtliche* Operationen und operative Eingriffe unter den Begriff Misshandlung zu subsumiren. So ist z. B. die Narkose für viele Personen, besonders für Kinder, durchaus nicht mit Störungen des körperlichen Wohlbefindens verbunden. Die angezogenen Definitionen reichen ferner nicht für die Fälle aus, wo es sich um die Entfernung von Fremdkörpern aus Körperhöhlen, sofern sie schmerzlos geschehen kann, handelt. Auch hier findet oft keine Verletzung der Integrität statt und doch sind diese mitunter sehr schwierigen operativen Eingriffe von unserem Standpunkt aus auf eine Stufe zu stellen mit beliebigen anderen Operationen, z. B. einer Wundnaht, der Einrenkung eines verrenkten Gliedes u. s. w. Man sieht, auf einer wie schwankenden Definition das richterliche Urtheil balancirt. Es hat uns überhaupt den Eindruck gemacht, als ob der § 223 hauptsächlich deswegen herangezogen wurde, weil ein anderer nicht zur Verfügung war. Hiermit stimmt auch die Bemerkung des Oberreichsanwalts, dass es, im Falle man seiner Auffassung nicht beipflichte, überhaupt unmöglich sei, einen Arzt wegen ähnlicher Delicte zu bestrafen. Darin scheint uns doch das Eingeständniss zu liegen, dass es noch besser wäre, das vorliegende Vergehen nach einem anderen Paragraphen beurtheilen zu können.

Es ist unsere Sache nicht, einen solchen Paragraphen ausfindig zu machen. Wir haben lediglich Front zu machen gegen eine unseres Erachtens vollständig *ungerechtfertigte* Auslegung des Begriffes der Misshandlung, welche in dem vorliegenden Falle die Voraussetzung des verurtheilenden Erkenntnisses bildet. Die Frage, ob der Begriff der Freiheitsberaubung nicht besser gepasst hätte, lassen wir deswegen unerörtert.